UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

LA LÉGISLATION NOUVELLE
DE LA FAMILLE

Etude critique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Vendredi 9 juillet 1920, à 16 heures

PAR

PIERRE MOUTIER
Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. CHRÉTIEN, professeur.

Suffragants : M. SENN, professeur.
M. SIMONNET, chargé des fonctions d'agrégé.

IMPRIMERIE MAZEL
LARGENTIÈRE
ARDÈCHE

1920

THÈSE POUR LE DOCTORAT

A la Mémoire

de mon regretté et vénéré Père

A ma Mère

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

LA LÉGISLATION NOUVELLE
DE LA FAMILLE

Etude critique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Vendredi 9 juillet 1920, à 16 heures

PAR

PIERRE MOUTIER

Avocat à la Cour d'Appel

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Président : M. CHRÉTIEN, professeur.

Suffragants : M. SENN, professeur.
M. SIMONNET, chargé des fonctions d'agrégé.

IMPRIMERIE MAZEL
: : : LARGENTIÈRE : : :
: : : : ARDÈCHE : : : : :

1920

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. GENY (✪I).

Doyen et professeur honoraire : M. BINET (✻, ✪ I).

Professeur honoraire : M. MAY (✻,✪ I).

MM. GARNIER (✪ I), professeur d'Economie politique.

GAVET (✪ I), professeur d'Histoire du Droit.

CHRÉTIEN (✪ I), professeur de Droit international public et privé.

GENY (✪ I), professeur de Droit civil.

MICHON (✪ I), professeur de Droit romain.

BROCARD (✪ I), professeur d'Économie politique et d'Histoire des Doctrines économiques.

ROLLAND (✪ I), professeur de Droit administratif, chargé de cours près la Faculté de Droit de Paris.

SENN (✪ I), professeur de Droit romain.

MOREL (✪ A), professeur de Droit civil.

OUDINOT (✪ A), agrégé, chargé des cours de Procédure civile et de voies d'exécution.

GUYOT (✻), agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.

SIMONNET (✪ I), docteur en droit, chargé des fonctions d'agrégé et des cours de Droit civil (capacité), et de droit commercial.

RENARD (✪ I), docteur en droit, chargé des fonctions d'agrégé et des cours de Droit criminel, de Droit administratif (licence et doctorat) et de Droit public et administratif (capacité).

MELIN (✪ A), docteur en droit, chargé du cours de Science sociale.

DUEZ, docteur en droit, chargé des cours d'Eléments du Droit constitutionnel et de droit public.

BERTRAND (✪ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

BIBLIOGRAPHIE

1° PÉRIODIQUES

Journal officiel, (abréviation J. Off.).
Recueil périodique de Dalloz, (abréviation D).
Recueil périodique de Sirey, (abréviation S).
Revue trimestrielle de droit civil, (abréviation Rev trim.).
La Réforme sociale, (abréviation Réf. soc.).
Les lois nouvelles.
Journal de la Société de Statistique de Paris.

2° OUVRAGES GÉNÉRAUX.

Girard. — Manuel de droit romain.
Traités d'histoire du droit de *Brissaud*, *Viollet* et *Esmein*.
Traités de droit civil de *Demolombe*, *Aubry et Rau*, *Planiol*, *Baudry-Lacantinerie*, *Ambroise Colin et Capitant*.
Kœnigswarter. — Histoire de l'organisation de la Famille en France, Paris 1851.
Naquet. — Religion, Propriété, Famille 1869.
Le Play. — De la Réforme sociale en France. L'organisation de la Famille.
P. Janet. — La Famille.
Lerebours. Pigeonnière. — La Famille et le Code civil, (livre du Centenaire 1904).
P. Doumer. — Le Livre de mes Fils.
P. Bureau. — La crise morale des temps nouveaux.
E. Faguet. — Les préjugés nécessaires.
Rouquet. — Evolution du droit de famille vers l'individualisme. Thèse Montpellier 1907.
Tanon. — L'évolution du droit et la conscience sociale, 1911.
J. Charmont. — Les transformations du droit civil, 1912.

De la Grasserie. — Mémoire sur la recherche de la paternité naturelle, 1894.

Pouzol. — La recherche de la paternité, 1902.

H. Lhospied. — Etude sur la recherche de la paternité en droit comparé. Thèse, Paris 1914.

Gauchet. — La tutelle des enfants naturels. Thèse, Paris 1909.

Colin. — Le droit de succession dans le Code Civil. (Livre du Centenaire).

Coulon. — De la condition des enfants naturels reconnus dans la succession de leurs père et mère, 1896.

PRÉFACE

Un des plus angoissants et impérieux problèmes qui se posent au lendemain de la guerre, est sans aucun doute, celui de la réorganisation de la famille française,

Nous entendons dire de tous côtés que la famille se meurt, que la famille est morte. Depuis un certain nombre d'années, des hommes politiques, des penseurs, des philosophes ont signalé le caractère désastreux de notre législation qui tend de plus en plus à briser la famille. Aujourd'hui le mal est l'évidence même, et il importe de réagir au plus vite, car il y va de l'existence de notre Patrie ; le problème de la famille est en effet lié intimement à celui de la natalité.

La famille est l'élément social par excellence, la cellule organique dont l'ensemble constitue la Nation. Sa mission première est de créer et de former des générations futures ; or, il est un fait évident et brutal signalé depuis plusieurs années, et dont la gravité se fait encore sentir plus vivement à l'heure actuelle c'est celui de la dépopulation. Or c'est dans la famille normalement organisée et là seulement que l'enfant puisera la vie intellectuelle et morrale, tout autant que la vie matérielle.

La famille développe aussi les meilleures qualités et les plus fécondes activités des époux ; elle fait naître des devoirs nouveaux, et pour les remplir, l'individu doit combattre et chasser ses préoccupations égoïstes. Elle est l'école du dévouement et du sacrifice ; du travail et de l'abnégation ; car chacun doit s'y oublier pour les autres, et la joie du foyer est souvent à ce prix.

Tant vaut la famille, tant vaut la nation ; et si l'on brise les liens domestiques, on risque fort d'ébranler la société jusque dans ses fondements.

Aussi les Romains considéraient-ils comme présentant un caractère politique, tout ce qui concernait l'organisation de la famille.

Celle-ci était constituée comme un petit Etat, dans lequel l'ascendant investi d'une autorité supérieure, groupait autour de lui, dans une situation de dépendance, les divers membres de la famille. La discipline domestique devant servir celle de l'Etat, pour que l'Etat fut fort, il fallait fortifier la famille.

A cette tendance de la législation romaine, s'oppose celle qui aboutit d'une façon plus ou moins marquée au développement des prérogatives individuelles au sein de la famille. Ce sont ces idées individualistes, qui se dégagèrent, après le grand bouleversement de 1789 ; ce sont les aspirations des philosophes du XVIII siècle, que la législation révolutionnaire voulut réaliser du jour au lendemain.

Elle oublia que la famille est de toutes les institutions, celle dont l'organisation et le développement ont le moins subi, de tout temps, l'influence d'une réglementation légale. La législation de la famille est plus qu'aucune autre branche du droit, le produit des mœurs ; et ce fut le tort du législateur révolutionnaire, de réglementer la constitution de la famille, sans se préoccuper le moins du monde des mœurs traditionnelles.

C'est pourquoi le code civil de 1804 est revenu bien souvent en arrière, sans cependant répudier toutes les réformes de la période révolutionnaire. Il les a conservées, toutes les fois qu'elles lui paraissaient conformes aux mœurs ; en un mot, il a essayé une transaction entre les mœurs traditionnelles et les tendances nouvelles.

Le mariage est toujours la base légale de la famille ; c'est la source de la parenté, de la puissance maritale, de la puissance paternelle, du droit de succession. Cependant le principe de sa sécularisation n'a pas été remis en question car il répondait, dans une certaine mesure, aux aspirations de la conscience publique.

Le maintien du divorce par le code civil, dont la suppression fut décidée dès 1816, n'eut pas la portée que lui avait donnée la législation révolutionnaire. La Révolution, qui eût pour but essentiel, l'émancipation individuelle avait voulu que le divorce fût aussi facile que possible. Mais cette institution n'avait pas pénétré, la meilleure partie de la Nation.

La suppression du droit d'aînesse, de l'inégalité des fils et des filles, dans le partage, prouve que le Code n'attachait plus la même importance au maintien de la situation sociale de la famille. Bien au contraire, cette innovation, était motivée non seulement par les principes d'égalité qui venaient d'être posés, mais encore par le désir de morceler les héritages, de niveler les fortunes, afin d'éviter le retour d'une féodalité foncière.

Le Code civil conserve l'ancienne conception de la puissance maritale, et de l'incapacité de la femme mariée. Il adopte comme régime matrimonial de droit commun, le régime de communauté coutumière qui fait participer la femme, non point à l'administration des patrimoines, mais aux résultats de la gestion du mari.

En matière de puissance paternelle, le Code consacre les principes essentiels du droit coutumier, en vertu desquels, pendant le mariage, le père exerce seul une autorité sur ses enfants. La loi s'en rapportait à lui, n'établissant aucun contrôle, aucune limite, sauf toutefois en ce qui concerne le droit de correction, et ne prévoyait aucun abus auquel il y aurait lieu de porter remède.

Enfin le Code Civil n'acceptait pas l'idée d'une famille naturelle. Opérant cependant une transaction entre les dispositions de l'Ancien droit et celles du droit révolutionnaire, qui avait voulu une assimilation complète, il reconnaissait aux enfants naturels un certain droit de succession, et il admettait dans une faible mesure un lien de puissance paternelle. Mais il se refusait à relever l'enfant naturel de cette infériorité sociale que la Révolution avait voulu effacer, et il le regardait toujours comme exclu de la famille. Il prohibait formellement la reconnaissance des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. Enfin il interdisait la recherche de la paternité, ne voulant pas qu'on pût troubler le repos et la tranquilité des familles légitimes.

On peut dire que le Code Civil en unifiant les règles de l'Ancien droit et les pratiques définitivement consacrées, apporta aux problèmes moraux et sociaux qui se posaient au début du XIX siècle, des solutions presque toutes satisfaisantes. Aussi pendant longtemps, les modifications législatives furent rares et peu importantes. Mais pendant les vingt dernières années du siècle précédent, sous l'influence de grands phénomènes politiques, économiques et sociaux, des idées nouvelles se firent jour. Les lois émanent désormais de citoyens qui ont conquis l'égalité politique ; et elles reflètent fidèlement les aspirations et les besoins du peuple, auquel elles vont s'appliquer.

Il en résulte une recherche constante dans les lois et institutions du pays, du bien être général de tous les citoyens ; l'esprit de liberté, d'égalité et d'indépendance, fruit des idées démocratiques et des progrès de l'instruction, pousse l'individu à réclamer une action plus libre, dans les différentes sphères de son activité.

Au sein de la famille, la femme demande son indépendance vis à vis de son mari, non seulement quant à sa personne, mais aussi quant à ses biens. Les fils tendent à s'affranchir de la puissance

paternelle, qui est sérieusement battue en brèche. Les enfants naturels et même les enfants incestueux ou adultérins demandent leur assimilation aux enfants légitimes.

L'affaiblissement des croyances religieuses fait qu'au lieu de considérer le mariage comme un sacrement qui crée un lien indissoluble, on ne le regarde plus que comme un contrat civil dont la loi facilite de plus en plus les cas de dissolution.

D'autre part, le développement considérable du commerce et de l'industrie, et l'expansion coloniale qui marquent la fin du XIX[e] siècle et le début du XX[e] siècle, transforment les conditions d'existence de la famille. Les parents inculquent aux jeunes gens l'esprit d'activité et d'initiative ; par suite, ceux-ci deviennent plus indépendants car l'enfant qui a quitté le toit familial ne se soucie plus de subir l'autorité du père, et la femme ne tolère plus de se voir dépossédée par son mari, du salaire qu'elle a péniblement gagné. L'amélioration du machinisme, l'émigration des campagnes vers les villes, réduisent au strict minimum les heures de vie commune du ménage, et par suite de ces séparations matérielles, les liens moraux de la famille se sont considérablement relâchés.

On peut dire aussi que les théories féministes contribuent beaucoup au mouvement individualiste. Il y a un siècle, l'homme était regardé comme l'unique soutien de la famille ; on objectait aussi l'insuffisance intellectuelle de la femme, son manque de sens de la vie pratique ; aujourd'hui on tend à faire disparaître cette subordination de la femme qu'on ne comprend plus.

L'état de guerre, qui pendant près de cinq ans a modifié si profondément la vie de notre pays, a fait naître un certain nombre de situations nouvelles auxquelles il a fallu porter remède. Beaucoup de lois votées depuis le mois d'août 1914 n'ont eu qu'un caractère temporaire, et leur application a pris fin avec la loi du 24 octobre 1919, fixant la cessation des hostilités. D'autres cependant subsistent définitivement. Toutes révèlent des tendances que nous aurons à examiner.

Quelles sont après plus d'un siècle, les modifications qui ont été apportées à l'organisation de la famille, telle qu'elle résultait du Code Civil de 1804 ? Où en est le mariage ? Que sont devenues la puissance maritale et la puissance paternelle ? Quelle place occupe maintenant dans notre législation la famille naturelle ? Quelle physionomie enfin présente la famille française d'aujourd'hui ? C'est ce que nous aurons à rechercher au cours de cette étude.

FAMILLE LÉGITIME

I

CHAPITRE PREMIER

LE MARIAGE

SECTION I

Le Mariage est-il un contrat ?

Portalis a défini le mariage : « La société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée ». (Locré Lég. Civ. t. IV, p. 479-481).

« On ne saurait exprimer, écrit M. Demolombe (Traité du mariage, t. I, p. 1 et 2) en termes plus nobles et plus vrais, le double but du mariage : la procréation des enfants, la conservation de la race humaine, et cette communauté indivisible d'existence qui fait l'honneur et la moralité de l'union conjugale ».

Nous aurons à examiner plus loin comment le législateur de 1804 devait tenir compte des trois sortes d'intérêts primordiaux qui recommandaient cette institution à sa plus sérieuse attention. Le mariage est, en effet, le fondement de la famille légitime ; et la société étant la réunion de toutes les familles, est directement intéressée à sa bonne organisation. D'autre part, le mariage est l'acte le plus important de la vie des futurs époux, qu'il convient peut-être de protéger en ce moment solennel, qui va décider de leur avenir, contre les entraîne-

ments possibles de la passion. Enfin, l'intérêt de la famille des futurs époux doit aussi entrer, dans une certaine mesure, en ligne de compte, sans toutefois porter atteinte à la liberté des jeunes gens.

Avant d'étudier les dispositions légales que le Code de 1804 a tirées de ces principes, avant de rechercher dans quelle mesure et dans quel sens, la réglementation en vigueur, il y a plus d'un siècle, a été modifiée, il nous faut examiner la question de savoir si le mariage est un contrat.

Pendant le moyen-âge, la conception purement religieuse que l'on avait du mariage écartait sur ce point, toute discussion juridique. On le considérait comme une institution basée sur la notion de sacrement qui, par suite, relevait uniquement du pouvoir spirituel.

Le lien civil ne pouvait se former, sans l'intervention d'un prêtre catholique, et par suite, l'Eglise était la maîtresse absolue de la célébration du mariage.

Cette conception se modifia sous l'influence de la Réforme, Luther et Calvin déniant au mariage son caractère de sacrement, et le considérant avant tout, comme dépendant du pouvoir séculier.

Jusqu'à Louis XIV cependant, les protestants ne souffrirent point de l'exercice de ce pouvoir par l'Eglise Catholique, puisqu'il leur était permis de se marier devant les ministres de leur culte. Mais à partir de la Révocation de l'Edit de Nantes, ils durent recourir à l'abjuration pour contracter un mariage légal.

De nombreuses protestations s'élevèrent bientôt contre cette situation. Les philosophes s'inspirèrent des idées de tolérance qui agitaient déjà les esprits. Les légistes cherchant une base juridique demandèrent, au nom du contrat, un mode de célébration uniforme pour tous les citoyens, sans distinction de culte. L'édit de 1787 établit pour les protestants une forme spéciale de mariage séculier. Mais, avec la Révolution, la constitution civile du clergé créa pour les catholiques qui ne voulaient pas recourir au ministère du prêtre assermenté, une situation analogue à celle que la révocation de l'Edit de Nantes avait faite aux protestants ; il leur était en effet impossible de contracter légalement mariage.

La Révolution française ne tarda pas à achever l'œuvre entreprise; la constitution du 3 septembre 1791 (tit. II, art.7) posa en principe que : « la loi ne considère le mariage que comme contrat civil ». Les lois postérieures ont de plus en plus consacré cette séparation de l'Eglise et de l'Etat, et l'indépendance du pouvoir temporel. Organisant pour tous les citoyens, un état civil indépendant de leurs

croyances religieuses, elles ont édicté toute une règlementation des conditions de fond et de forme du mariage, de ses effets, et des cas de nullités.

Cependant, dans notre Ancien droit, l'expression « Contrat civil » signifiait uniquement que le mariage est un acte civil, relevant de l'Etat quant à sa formation. Mais les législateurs de la période intermédiaire allant beaucoup plus loin, analysèrent cette notion du contrat, et en tirèrent comme conséquences logiques, la dissolution du mariage par le consentement mutuel des époux, ou pour inexécution de leurs engagements. Le mariage a pour base essentielle, le consentement des époux, et la liberté individuelle ne peut être aliénée d'une manière absolue par aucune convention. Les résultats de la loi du 20 septembre 1792 furent désastreux ; l'abus du divorce amena la réaction énergique du Code Civil. Le divorce ne fut plus la consécration d'un principe de liberté individuelle, mais une exception à la règle de l'indissolubilité du mariage, nécessitée par l'intérêt social.

Portalis (Exposé des motifs de la loi relative au mariage. Séance du 16 ventôse an XI) découvre : « un véritable contrat, dans l'union des sexes », mais ce contrat n'est ni purement civil, ni purement religieux, puisqu'il a précédé l'établissement de toutes les religions et de toutes les lois positives ; il a son principe dans la nature même. Il envisage donc le mariage, comme un contrat dont les règles sont dictées par la nature, et que les lois civiles et religieuses sont venues consacrer, ennoblir et sanctifier. Portalis insiste sur l'importance sociale du mariage, sur la grandeur des effets qui en résultent, et le présente en terminant : « comme le contrat le plus sacré et le plus inviolable, et comme la plus sainte des institutions ». Pour lui, l'expression contrat est purement nominale.

Les conceptions des Tribuns Gillet (Rapport au Tribunat sur la loi relative au mariage. Séance du 23 ventôse an XI) et Boutteville (Corps législatif, 26 ventôse an XI) sont quelque peu différentes ; cependant dans leurs pensées, le mariage s'élève bien au dessus des accords privés ordinaires, et ils le déclarent en principe indissoluble.

Le mariage intéresse au plus haut degré la famille et la société ; les époux stipulent non seulement pour eux-mêmes, mais pour leur postérité ; aussi ne saurait-on l'assimiler aux autres contrats qui nés du consentement des parties, et n'intéressant qu'elles seules, peuvent se dissoudre par une volonté contraire. Certes, le mariage envisagé dans sa formation, revêt un caractère contractuel ; il se forme par un échange de consentements, mais il est subordonné à des conditions de fond et de forme qui lui donnent le caractère d'une institution supérieure.

La société conjugale repose sur la confiance et l'amour réciproques des époux ; elle porte sur ce qu'il y a de plus élevé dans l'être humain. Le mariage présente aussi un caractère spirituel, et chez tous les peuples, à toutes les époques, la religion l'a entouré de prescriptions et de solennités qui en rehaussent l'importance.

Le mariage intéresse les familles respectives des époux, entre lesquelles vont naître un ensemble de liens de droits et de devoirs. C'est pourquoi la loi leur demande dans certains cas de donner leur consentement au mariage, leur accorde dans d'autres circonstances, le droit d'y former opposition ou d'en demander la nullité.

Enfin le mariage intéresse la société, dont la famille est le fondement ; aussi la loi a-t-elle édicté des conditions de validité spéciales. Les empêchements d'impuberté, d'inceste, de bigamie, sont des restrictions apportées dans l'intérêt public à la liberté des citoyens. Cette intervention de la Société, nous en trouvons la trace, dans les formalités et solennités qui précèdent ou accompagnent la célébration du mariage, dans le rôle joué par l'officier de l'état-civil, dans le droit d'opposition qui appartient au ministère public, dans l'action en nullité que la loi accorde dans certains cas, non seulement à ce dernier, mais même à tout intéressé.

Lorsqu'il s'agit de conclure un contrat, les parties règlent, à leur guise, les termes de leur acte, l'étendue et la durée des obligations ; et le consentement donné, porte sur de multiples points. Dans le mariage, au contraire, les parties se bornent à déclarer, l'une après l'autre, à l'officier de l'état-civil, « qu'elles veulent se prendre pour mari et femme » (article 75). Les obligations qui dérivent de ce lien ne sont point librement discutées, puis acceptées ; elles sont imposées par la loi, et les époux ne peuvent en modifier les effets par une modalité quelconque, terme ou condition. L'art. 75 mentionne également qu'après avoir reçu les déclarations des parties « l'officier de l'état-civil prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage » ; c'est donc au nom de la Société, dont il est le représentant qu'il intervient.

D'autre part, l'art. 180 n'admet comme vices du consentement capables de faire annuler un mariage que la violence commise contre l'un des époux, et l'erreur dans la personne. Le dol, qui, en matière de contrats ordinaires, vicie le consentement, ne permet pas d'attaquer un mariage. Le législateur a pensé que pour arriver à la conclusion du mariage, les futurs époux se jettent réciproquement « la poudre aux yeux » ; de plus on se fait souvent à soi même des illusions, et lorsque plus tard, elles sont dissipées, on pourrait être porté à accuser l'autre partie de manœuvres dolosives, et à demander l'an-

nulation du mariage. Cette règle est si ancienne que Loysel, dans ses Institutes coutumières (L. I t. II) écrivait déjà cet adage : « En mariage, il trompe qui peut ».

En matière de contrats ordinaires, l'art. 1110 prévoit que l'erreur est une cause de nullité de la convention, lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose, qui en est l'objet ; elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. L'art. 180 n'admet au contraire qu'une seule espèce d'erreur comme cause de nullité de mariage : l'erreur dans la personne.

Laissons de côté les opinions doctrinales auxquelles a donné lieu l'interprétation de l'art. 180, et notons que, depuis un arrêt solennel de la Cour de Cassation (Ch. réunies 24 avril 1862. D 1862, 1. 153), rendu dans une affaire où il s'agissait d'une femme qui avait épousé sans le savoir un forçat libéré, il a été jugé que ce genre d'erreur ne constituait pas l'erreur dans la personne. On ne peut plus obtenir l'annulation d'un mariage que pour erreur sur l'identité physique ou civile de la personne et non pour erreur sur les qualités.

Le mariage étant l'acte le plus important de la vie, la loi a voulu que les parties arrivent devant l'officier de l'état civil, ayant encore leur pleine indépendance, afin que le consentement qu'elles donnent alors soit réellement libre Aussi la loi a-t-elle refusé aux fiançailles toute force obligatoire ; et l'inaccomplissement d'une promesse de ce genre ne donne pas lieu à des dommages-intérêts, car la crainte d'une indemnité trop forte serait un moyen de contrainte indirecte. D'ailleurs le caractère moral de l'engagement répugne à toute appréciation pécuniaire. Notons cependant que si l'on voit, de temps à autre, les tribunaux accorder des indemnités pour rupture d'un projet de mariage, ils se fondent uniquement sur l'art. 1382. Celui qui, sans motifs sérieux, rompt au dernier moment un projet de mariage, alors que le futur conjoint a déjà fait des dépenses d'installation ou autres, lui fait subir un préjudice matériel dont il lui doit réparation ; il peut y avoir aussi un préjudice moral, lorsque l'éclat de la rupture laisse supposer un motif caché que la médisance publique va chercher à connaître. (D. 1895 2. 86, 2. 320).

L'interdiction du mariage par procuration, à laquelle la législation de guerre a porté une atteinte temporaire, se rattache aussi au principe que la présence réelle des parties est une garantie que le consentement est librement donné.

Enfin tout contrat comprend un objet certain (art. 1108) qui forme la matière de l'engagement, c'est à dire sur lequel porte l'ac-

,cord de volonté des parties. Le contrat n'a qu'une vie étroite et disparaît avec les besoins ou les intérêts qui l'ont fait naître ; le fait qui en est l'objet doit toujours être déterminé et la loi fait cesser l'incertitude quand elle existe. C'est ainsi que l'art. 1988 décide que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ; l'art. 1780 décide qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.

Le mariage au contraire a pour but le bonheur que les conjoints réalisent dans l'union intime et totale de leurs vies, la procréation et l'éducation des enfants ; ce sont les fins les plus générales et les plus durables qui puissent être assignées à l'activité humaine. Et tandis que les contrats peuvent, en cas d'inexécution de ses engagements par l'une des parties, se résoudre en dommages intérêts, comment, en matière de mariage, aboutir à un évaluation pécuniaire — lorsque l'un des époux n'accomplit pas ses devoirs moraux.

Le mariage nous apparaît donc déjà, comme un acte bien différent des contrats ; ses différences vont encore s'accentuer davantage en en comparant les effets.

L'effet de tout contrat est d'engendrer des droits et des obligations qui naissent de l'accord des parties, sont déterminés en nature, durée et étendue ; et sont sanctionnés soit directement soit indirectement par des dommages intérêts.

Le mariage au contraire engendre des droits et des obligations, qu'il n'appartient pas aux parties de modifier ; celles-ci n'ont fait que se prendre mutuellement pour mari et femme, et la loi attache à leur qualité d'époux, des droits et des devoirs, dont il ne peuvent s'exonérer : devoirs communs de fidélité, de secours, d'assistance et de cohabitation : devoir de protection pour le mari, d'obéissance pour la femme (art. 212. 213. 214.) L'art. 203 dispose que les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Voilà une nouvelle différence à signaler entre les effets des contrats ordinaires, et les effets du mariage. C'est que les effets d'un contrat ne s'étendent qu'aux parties en cause, et qu'on ne peut, en général, dit l'article 1119, s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.

Certains auteurs font alors intervenir l'idée d'une stipulation pour autrui, l'art. 1121 permettant de stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. L'enfant, dit-on, serait ce tiers bénéficiaire ; au moment du mariage, il n'existe pas encore, mais la jurisprudence a admis pour des raisons d'utilité pratique, la validité de parcils contrats passés au profit de personnes non encore

conçues à condition toutefois qu'elles soient déterminables et que l'on puisse concevoir la possibilité de leur existence future Or ici, l'indétermination est absolue, car rien ne fait prévoir que le mariage sera suivi d'enfants. Notons aussi que les époux ne pourraient s'exonérer des devoirs relatifs à l'éducation.

Comment la notion de contrat pourrait-elle également expliquer les effets du mariage, qui s'étendant au delà des parties en cause, font naître les effets juridiques de l'alliance ?

D'autre part, l'art. 1184 dispose qu'en cas d'inexécution par l'une des parties de ses engagements, l'autre partie a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La loi fait bien de la violation des devoirs conjugaux, une cause de divorce, en employant à côté du terme adultère, les expressions: « excès, sévices et injures graves », cependant le divorce ne saurait être raisonnablement assimilé à la résolution d'un contrat pour inexécution des engagements.

Les contractants ordinaires peuvent régler par avance, à leur guise, la dissolution de leur contrat ; ils peuvent la faire dépendre d'un terme certain ou incertain, ou d'une condition ; ils peuvent décider qu'elle aura lieu de plein droit, sans intervention du juge ; ou bien encore restreindre l'exercice de l'action en résolution à tel ou tel cas déterminé. Ces règles sont inapplicables au mariage. Le divorce ne peut pas être réglé librement par les époux : il exige une procédure spéciale, des formalités souvent minutieuses ; des causes légalement déterminées.

On ne peut concevoir également l'obtention de dommages intérêts, prévue par l'art. 1184, en cas de résolution de contrats. Ceux-ci ne pourraient effacer les conséquences de l'adultère de la femme ou les violences du mari. Les déchéances qui suivent le divorce ne sont pas dans la pensée du législateur, une satisfaction pécuniaire accordée à l'époux innocent, mais une pénalité infligée à l'époux coupable.

Lorsque le contrat est résolu, ses effets disparaissent même dans le passé, et les parties sont replacées dans l'état où elles se trouvaient avant sa formation. Lorqu'un mariage a été dissous par le divorce, il en reste cependant des effets ineffaçables, les liens de parenté, d'alliance et de filiation sont indélébiles.

Aux termes de l'art. 1144, le créancier, peut, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui même l'obligation aux dépens du débiteur ; ou demander la résolution avec dommages intérêts. L'enfant, envers lequel les Parents ont contracté au moment du

mariage un certain nombre d'obligations, ne peut être assimilé à un créancier ordinaire. La déchéance de la puissance paternelle a été subordonnée par le législateur de 1889 à l'accomplissement d'un certain nombre de formalités ; elle ne peut être prononcée que pour des causes déterminées ; et à ce moment, la Société intervient par l'organe du Ministère public. La déchéance laisse en outre subsister le lien naturel et moral de la filiation, et porte seulement sur les droits et pouvoirs attachés à la qualité de père ou de mère.

Le mariage diffère en outre profondément des contrats, qui eux, peuvent se dissoudre, soit quand le but visé est atteint, soit quand il y a eu au moment de la conclusion un vice initial ; soit par une déclaration de volonté contraire émanant des deux parties ou d'une seule d'entre elles ; soit par l'exercice d'une action en résolution ou l'accomplissement d'une condition résolutoire insérée au début de l'acte ; soit par suite d'une disposition légale. Nous avons déjà, noté que les époux ne peuvent insérer une condition résolutoire quelconque. Il y a lieu de remarquer en outre que le mariage ne peut être dissous quand son but est atteint, c'est-à-dire quand l'éducation des enfants est terminée, ou quand la réalisation de ce but est impossible c'est-à-dire lorsque les unions sont stériles.

Tandis que, par exemple, le contrat de société, à durée illimitée, peut prendre fin par la volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de n'être plus en société (art. 1865-1869), les époux ne peuvent dissoudre leur union, ni d'un commun accord, ni par un acte de volonté unilatérale. Certains esprits réclament, il est vrai, nous le verrons, le divorce non seulement par consentement mutuel, mais encore par la volonté unilatérale d'un des époux. Selon MM. Paul et Victor Margueritte, le mariage n'est qu'un pacte, un contrat de fidélité, de secours d'assistance réciproque, qui doit se résoudre comme un contrat ordinaire.

Pour nous, au contraire, le principe d'autonomie de la volonté qui domine la théorie des contrats ne peut se concilier avec les principes qui régissent l'institution du mariage.

Concluons donc que le mariage est un statut légal, auquel on n'est soumis qu'autant qu'on l'a accepté. On est libre de se marier ou de rester célibataire, mais par le fait même que deux personnes, remplissant un certain nombre de conditions de fond et de forme déclarent solennellement devant l'officier de l'état-civil, qui représente la société, qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, cet acte déclanche automatiquement toute une série de conséquences déterminées par la loi, et que l'on ne peut modifier à son gré.

Les différences qui existent entre le mariage statut légal et un contrat se dégagent de toute la discussion qui précède tant au point de vue des conditions de validité, qu'au point de vue des effets et des cas de dissolution. Ces règles spéciales, ont été édictées, dans l'intérêt de la Société tout entière car la famille est la cellule sociale par excellence.

Comme le fait en outre si justement remarquer M. G. Renard, (Notions sommaires de droit public p. 161), si l'on n'admettait pas que le mariage est un statut, il faudrait conclure que les unions célébrées sous l'empire de la loi de 1816 qui interdisait le divorce sont demeurées indissolubles, après la loi de 1884, qui l'a permis, ou que la loi du 5 avril 1919 qui a autorisé un second divorce, après un premier divorce suivi de réconciliation est sans application aux mariages contractés dans le passé, ce qui est inadmissible. Si au contraire, on adopte l'idée à laquelle nous nous rallions, tout ceci s'explique à merveille, car, suivant son expression pittoresque : « les statuts se modèlent constamment sur la loi ; ils en épousent au jour le jour toutes les variations ; ils s'y attachent comme l'ombre. » (1)

Section II

Les Conditions de fond du mariage

Le Code Civil de 1804 obligeait les futurs époux à remplir toute une série de conditions de fond et de forme dont le résultat était d'éloigner du mariage, beaucoup de gens à qui leur éducation, leur moralité, leurs sentiments religieux ne faisaient pas désirer pour leur union la sanction de la loi. Ils étaient ainsi poussés vers des relations illégitimes et l'on constatait chaque année, l'accroissement des unions libres dans les grandes villes :

---

(1) On pourrait rapprocher cette situation de celle du fonctionnaire qui ne contracte pas avec l'Etat ; mais qui se soumet volontairement à un statut, qui dépend uniquement de la volonté de l'Etat et que celui-ci est toujours libre de modifier à son gré : « Les fonctionnaires, écrit M. Renard (op. cit p. 157) ne sont pas liés à l'administration par un contrat ; les bénéfices qu'ils retirent de leur fonction et les restrictions qu'ils en souffrent dans leur indépendance ne sont point des droits de créance actifs et passifs. Ils ne sont que le reflet du service public. C'est encore une situation légale, un statut. »

« Si l'on songe à toutes les démarches que nécessitent ces formalités, écrit M. Charmont (Transformations du droit civil. Les formes du mariage p. 57), si l'on songe à toutes les pièces que les parties vont être obligées de se procurer ; si l'on ajoute à cet embarras, celui qui résulte de leur ignorance ou de la mauvaise grâce de certains employés auxquels elles devront s'adresser ; si l'on se dit enfin que les pièces et formalités nécessaires pour le mariage civil ne sauraient suffire pour le mariage religieux — on comprendra tout ce qu'il y a de vrai dans ce mot souvent répété, que pour les classes pauvres, le mariage est un luxe de temps et d'argent.... Aussi beaucoup de gens, principalement dans les centres ouvriers, reculent devant l'accomplissement de tant de formalités. On vit en commun, en ayant de part et d'autre, l'intention de régulariser plus tard, une situation momentanément acceptée : mais les années passent et la situation reste la même. Qu'une querelle s'élève, que l'homme prenne d'autres habitudes, on trouve trop lourde la charge des enfants ; on se rappelle que légalement on n'est tenu d'aucune obligation. On se quitte sans plus se soucier des enfants. »

C'est pourquoi un grand nombre de lois postérieures au Code Civil ont eu, pour but de rendre le mariage plus accessible.

§ 1. — *Les prohibitions de mariage. Historique.*

Pour qu'une personne possède d'une manière générale, l'aptitude au mariage, il faut qu'elle soit pubère et saine d'esprit. L'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans révolus ne peuvent contracter mariage (art. 144) : cependant, le Président de la République, peut accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves (art. 145). Celui que l'on fait ordinairement valoir est la grossesse de la femme. En fait, le nombre des dispenses accordées est assez faible.

Mais il ne suffit pas qu'une personne ait l'aptitude générale au mariage. Bien que cette capacité indispensable soit acquise, il peut y avoir des raisons spéciales qui l'empêchent de se marier.

Les prohibitions de mariage étaient très nombreuses dans l'Ancien Droit. Citons notamment celles dérivant des vœux solennels prononcés par certains religieux ; de l'alliance spirituelle née du baptême entre les parrain et marraine d'une part, et les parents du baptisé ou l'enfant d'autre part ; l'empêchement d'honnêteté publique né des fiançailles, entre chaque fiancé et les parents de l'autre, en ligne directe ; le rapt ou la séduction d'une jeune fille, le meurtre du précédent conjoint ; la diversité de religion (édit de novembre 1760 sur les mariages entre catholiques et hérétiques), la différence de cou-

leur (code noir de 1724) ; la mort civile qui frappait les condamnés aux peines capitales. Les mariages contractés à l'approche de la mort n'étaient pas prohibés, mais les ordonnances de 1639 et 1697 les avaient privés d'effets civils. Le point le plus grave était que la personne qui avait eu des enfants d'un concubinage ne pouvait pas les légitimer par un mariage célébré in extremis. On voulait ainsi engager les concubins à régulariser leur situation au plus tôt, sans attendre leur dernière heure. Cette rigueur de l'Ancien Droit qui empêchait de réparer le mal causé, a été abandonnée par le Code Civil.

Presque toutes les prohibitions que nous venons de rappeler ont été abrogées, soit par la législation révolutionnaire, soit par le Code Civil (L. 30 ventôse an XII). Les prohibitions résultant des vœux religieux ont été abrogées par la Révolution (Constitution des 3-14 septembre 1791, décrets de 1792 et de 1793). Depuis cette date, il n'y a jamais eu de doute relativement aux membres des communautés religieuses d'hommes ou de femmes, car les lois qui les ont rendus capables de se marier n'ont jamais été rapportées. La question du mariage des prêtres a été définitivement tranchée par un arrêt de la Cour de Cassation du 25 janvier 1888 (D. 1888, 1-97 — S. 1888 1-193), et la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat l'a définitivement fait disparaître. Les mariages entre blancs et noirs ou métis n'ont été permis dans les colonies françaises qu'en 1831 et 1833. Enfin, il y a lieu de noter que la mort civile n'a été abrogée que par la loi du 31 mai 1854.

Les prohibitions actuellement existantes se divisent en prohibitions absolues et en prohibitions relatives. Les prohibitions absolues interdisent le mariage avec toute autre personne. Les prohibitions relatives interdisent le mariage avec telle ou telle personne déterminée, mais non avec les autres.

§ 2. — *Prohibitions absolues*

Les prohibitions absolues sont : a) l'existence d'un premier mariage non encore dissous. b) La crainte d'une confusion de part. c) L'état militaire.

a) *Mariage antérieur non dissous.*

Le monogamie étant depuis longtemps, la loi des peuples civilisés, pour pouvoir se marier, il faut être célibataire, veuf ou divorcé. Celui qui, engagé dans les liens d'un premier mariage, en contracterait un second, sans avoir aucun motif de se croire veuf ou divorcé, commettrait le crime de bigamie puni des travaux forcés à temps (art.

340 C. pénal) L'officier public qui le marierait sciemment serait condamné à la même peine. La loi du 17 août 1897 a organisé des mesures destinées à rendre la bigamie plus difficile. Une mention du mariage doit être inscrite dans un court délai en marge de l'acte de naissance des futurs époux, et l'extrait qui doit être produit à l'officier de l'état civil, au moment du mariage, ne doit pas avoir plus de trois mois de date; s'il a été délivré en France, ni plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat (art. 70, Code Civil).

La prohibition de la bigamie étant d'ordre public, elle s'impose même aux étrangers qui habitent la France, même à ceux dont la loi nationale admet la pluralité des femmes ;aussi la loi leur interdit-elle la célébration d'un second mariage en France. Il y a lieu cependant de noter que la loi française respecte les usages des populations musulmanes dans nos colonies, et dans les pays de protectorat. C'est ainsi qu'au cours de la guerre, en présence de certains mariages contractés avec la plus incroyable légèreté, sur laquelle d'ailleurs nous aurons à revenir, une note du Gouvernement français crût devoir faire connaître aux familles que les musulmans de nos colonies africaines, sont soumis, en ce qui concerne le mariage, à la loi coranique. Cette loi autorisant la polygamie et la répudiation par la simple volonté du mari, un indigène musulman, qui durant son séjour en France, aurait épousé une femme française, pourrait donc à son retour, dans son pays d'origine, user des droits qui lui confère son statut personnel. Il pourrait introduire à son foyer de nouvelles épouses, et répudier la femme française par une simple déclaration sans aucune formalité judiciaire.

Enfin l'on sait que l'absence, au sens juridique du terme, si longue soit-elle, ne donne à aucun moment la certitude du décès. Sans doute, à mesure que le temps s'écoule la probabilité de mort grandit, et la loi elle-même tient compte de ce fait. Elle autorise les héritiers présomptifs de l'absent à prendre provisoirement possession de ses biens, leur confère des droits plus étendus quand l'état d'absence déclarée dure déjà depuis trente ans (art. 129). La loi s'achemine ainsi vers la présomption de mort, mais elle n'y arrive pas. Suivant l'expression de Tronchet, l'absent n'est ni mort, ni vivant ; et il est impossible au conjoint de l'absent qui veut se remarier de prouver la dissolution du mariage.

Il est vrai que l'on remédie, dans une certaine mesure, à cette situation particulièrement pénible, à l'aide d'une constatation du décès par jugement.

Il nous suffira de rappeler ici, les mesures exceptionnelles qui

ont parfois été prises. Telle la loi du 13 janvier 1817 relative aux moyens de constater le sort des militaires disparus pendant les guerres de la République et de l'Empire depuis le 21 avril 1792, jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815. Cette loi a été remise en vigueur le 9 août 1871 pour les militaires ou marins et même pour tous les autres français disparus entre le 19 juillet 1870 et le traité de paix du 31 mai 1871.

Parmi les textes permanents, citons le décret du 3 janvier 1813 art. 19, en cas d'accidents survenus dans les mines ; la loi du 8 juin 1893, qui a modifié les art. 87 et suivants du Code Civil et qui a remédié à la situation fort pénible des femmes de marins disparus en mer ; elles ne pouvaient obtenir la preuve légale de leur veuvage, alors même que la preuve matérielle du naufrage résultait des débris du bâteau rejetés à la côte.

A la suite d'une enquête ordonnée par le ministre de la marine, une décision constate la disparition de tout ou partie de l'équipage et des passagers ; elle est transmise à l'autorité judiciaire, et le tribunal compétent rend un jugement déclaratif de décès, qui est transcrit sur les registres de l'état-civil, et tient lieu d'acte de décès.

Le bénéfice de la loi de 1893 a été étendu aux militaires et marins disparus dans les colonies, dans les pays de protectorat, ou dans des expéditions d'outre-mer.

Cette loi apportait de grandes améliorations ; cependant elle ne statuait que sur des cas spéciaux, et elle ne permettait pas aux tribunaux, d'une manière générale, de déclarer acquise la preuve du décès d'une personne disparue.

La survenance de la guerre, au mois d'août 1914, a donné à cette question des disparus une importance considérable. La loi du 3 décembre 1915 a décidé que les art. 89, 90, 91 et 92 du Code Civil, étaient applicables au cas de toutes personnes décédées, victimes des opérations de guerre, postérieurement au 2 août 1914, quand il n'avait pas été dressé d'acte régulier de décès. Elle donna compétence, pour déclarer le décès au ministre de la guerre pour les militaires et assimilés ; au ministre de la marine, pour les marins et assimilés ; au ministre de l'intérieur, pour toutes les autres personnes. Cette loi permit donc aux tribunaux de déclarer le décès, lorsqu'il y avait des présomptions graves, précises et concordantes. Le jugement transcrit sur les registres de l'état civil rendait possible le remariage de la veuve et la dévolution de la succession du disparu déclaré décédé.

Hélas, cette loi ne put suffire ! Que de braves soldats tombèrent dans les lignes ennemies, en tentant la nuit, un coup de main, sans

que l'on put jamais savoir, s'ils avaient été victimes de leur héroïsme, ou s'ils avaient été faits prisonniers ! Que de tombes sans nom, jalonnent l'immense champ de bataille, qui s'étendait de l'Yser aux Vosges ! Combien ce mot de Disparu évoque dans les cœurs, d'angoisses, suivies d'espérances, en un retour possible d'un camp de prisonniers, espérances qui aujourd'hui se sont douloureusement évanouies !

Bien des veuves garderont pieusement le souvenir de Celui qu'elles ont perdu. D'autres, sans oublier le glorieux soldat tombé au Champ d'Honneur, voudront se refaire un foyer, souvent afin de trouver un soutien qui leur permettra d'élever de petits orphelins ; Qui de nous oserait les en blâmer ! La femme du disparu sur le sort duquel, on n'aurait pu rassembler des présomptions de décès, graves, précises et concordantes, n'aurait donc pas pu se remarier, la constatation du décès de son mari ne pouvant être faite et ne pouvant lui donner la qualité légale de veuve.

La loi du 25 juin 1919, comblant cette lacune, donne à toute personne intéressée, le droit de poursuivre soit la déclaration d'absence, soit la déclaration de décès, des militaires, marins et civils disparus pendant la durée des hostilités, par suite de faits de guerre. La déclaration d'absence peut être demandée un an après les dernières nouvelles du Disparu, depuis la date indiquée par le décret fixant la cessation des hostilités. Elle aboutit à l'envoi en possession provisoire des biens du disparu, et cet envoi en possession provisoire peut être transformé en envoi en possession définitif cinq ans après, au lieu d'attendre 30 ans, conformément au droit commun. Mais cette situation ne fait pas cesser le lien du mariage précédent et ne permet pas le remariage.

La déclaration de décès, au contraire, qui ne peut intervenir que deux ans après la disparition et six mois après le décret fixant la cessation des hostilités, est un acte de décès judiciaire, ouvrant la succession et autorisant le remariage du conjoint. Par le seul fait que deux ans se sont écoulés depuis la disparition, le tribunal est obligé de déclarer le décès dont il indique la date présumée. Si le disparu reparaît ou donne de ses nouvelles postérieurement au jugement déclaratif de décès, il sera admis à en poursuivre l'annulation.

Il sera statué quant à ses biens conformément aux dispositions du Code Civil ; si son conjoint a contracté un nouveau mariage, cette union sera réputée comme mariage putatif. Les enfants qui en seraient issus seront considérés comme légitimes.

b) *Prohibition résultant de la crainte d'une confusion de part.*

La loi impose à la femme veuve ou divorcée, ou à celle dont le mariage a été annulé, de laisser un délai de dix mois s'écouler, avant qu'elle puisse se remarier. (Art. 228 en cas de mort du mari, 296 en cas de divorce). La loi du 9 août 1919 a substitué l'indication d'un délai de 300 jours révolus, parce que dix mois, font avec le calendrier grégorien, au maximum 306 jours et au minimum 303 jours. L'expression de délai de viduité ne s'applique donc exactement qu'à un cas sur trois.

Cette règle n'est pas basée sur des raisons de convenance; ce n'est pas un deuil légal qui serait imposé aux veuves et non aux veufs, et elle s'applique à des femmes qui ne sont point toujours veuves. La loi a voulu éviter une confusion de part (turbatio sanguinis ou partus). C'est qu'en effet, pour déterminer la paternité légitime, le législateur, évaluant la durée possible des grossesses, a pris les cas extrêmes de longueur et de brièveté. Elle leur fixe une durée de 180 jours au moins, de 300 jours au plus ; il y a donc un intervalle de 121 jours, pendant lequel se place nécessairement la conception de l'enfant. Aussi une femme se remariant aussitôt après la dissolution de son mariage, et accouchant d'un enfant moins de 300 jours après cette dissolution, cet enfant pourrait être légalement attribué à ses deux maris. Le délai de 10 mois étant celui des grossesses les plus longues, la confusion de part disparaît lorsque la femme, enceinte lors de la dissolution du mariage, accouche avant l'expiration des dix mois. Malgré tout la prohibition subsiste.

Cependant, dans le but de faciliter le remariage, est intervenue la loi du 13 juillet 1907, qui a modifié les art. 296 et 297 du Code Civil. Au lieu de faire courir le délai de 10 mois, du jour de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état-civil, la femme divorcée peut se remarier aussitôt après la transcription du jugement ou de l'arrêt, si toutefois il s'est écoulé 300 jours, après le premier jugement, préparatoire interlocutoire ou au fond rendu dans la cause. Lorsque le jugement de séparation de corps est converti en jugement de divorce, la femme divorcée peut contracter un nouveau mariage, aussitôt après la transcription de la décision de conversion.

La loi de 1919 faisant un pas de plus, a décidé que la femme divorcée peut se remarier aussitôt après la transcription du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce, s'il s'est écoulé 300 jours, depuis qu'est intervenue dans l'instance qui a abouti au divorce, l'ordonnance qui a autorisé l'époux demandeur à avoir une résidence séparée. Lorsque l'ordonnance est muette sur la question de résidence séparée, le délai est calculé comme précédemment. Dans tous

ces cas, la cohabitation ayant cessé, la confusion de part n'est plus à craindre.

c) *Prohibition résultant de l'état militaire.*

L'état militaire implique pour le futur conjoint l'obligation d'obtenir, en vue du mariage, la permission de l'autorité supérieure. Les décrets des 16 juin, 3 et 28 août 1808, ont défendu aux militaires, marins et gendarmes, de se marier, sans une autorisation donnée aux officiers par le ministre, aux sous-officiers et soldats par le Conseil d'Aministration de leur corps. (Voir ordonnances du 29 novembre 1820 et 20 janvier 1832, et circulaire du 10 janvier 1854, déclarant applicable la nécessité d'une autorisation aux hommes de la réserve séjournant dans leurs foyers. Voir toutefois loi du 1er février 1868. Depuis, il est permis aux hommes de la réserve de l'active de se marier sans autorisation.) L'officier de l'état-civil qui célèbrerait sciemment un mariage, d'un officier, sous-officier ou soldat, sans exiger l'autorisation, encourrait la destitution. (Décret de 1808, article 3).

Cette règlementation avait surtout pour but de sauvegarder l'honneur de l'armée ; elle avait aussi sa raison d'être au temps où les règlements exigeaient un certain apport dotal de la future épouse. Cette exigence n'existe plus aujourd'hui. L'autorité militaire se contente actuellement de procéder à une simple enquête de moralité, sanctionnant ainsi l'extension du droit individuel.

Dès les premiers mois, qui suivirent la déclaration de guerre, deux décrets, l'un du 18 novembre 1914, l'autre du 30 décembre 1914, réglèrent la situation des militaires et marins. Ils suspendirent depuis le 1er jour de la mobilisation jusqu'à la cessation des hostilités, l'application des décrets de 1808, sauf en ce qui concernait les officiers de l'armée active et les sous-officiers rengagés et commissionnés. Les officiers qui ne faisaient pas partie de l'armée active, les soldats et caporaux de l'armée active, les sous-officiers non rengagés, ni commissionnés n'avaient donc plus besoin du consentement de leurs supérieurs. Aux termes du décret du 30 décembre 1914, la même suspension était édictée pour les officiers et marins, sauf en ce qui concernait les officiers de l'active, officiers mariniers, quartiers maîtres, et matelots de l'active rengagés ou réadmis.

Le décret du 18 novembre 1914 fut abrogé par un autre décret du 7 mars 1919 qui rappela qu'en principe les décrets des 16 juin et 28 août 1808 étaient suspendus, pendant la durée de la guerre et une date qui sera fixée par un décret ultérieur, sauf en ce qui concerne : 1° les officiers de l'armée active ; 2° les sous-officiers et hommes de troupe commissionnés, rengagés ou engagés, ou dont la

commission, le rengagement ou l'engagement prennent fin pendant la guerre. Toutefois les engagés spéciaux et les engagés pour la durée de la guerre, peuvent se marier sans autorisation ; 3° les militaires de tous grades appartenant aux régiments étrangers, à la gendarmerie, et ceux en service hors du territoire de la France, de ses colonies et des pays de protectorat.

§ 3 *Les Prohibitions relatives.*

a) Prohibition resultant de la parenté ou alliance.

La prohibition du mariage entre proches parents est basée sur deux raisons d'ordre physiologique et d'ordre moral. Les enfants qui naissent de pareilles unions sont souvent atteints de folie, d'épilepsie, de surdité, ou ne vivent pas. D'autre part, si le mariage est interdit entre certains alliés, c'est qu'au moment de la promulgation du Code Civil, la vie familiale était beaucoup plus intime que de nos jours ; et elle rapprochait constamment les collatéraux.

« On redoutait ; écrit M. Delzons, (La Famille Française et son évolution p. 214), que les uns et les autres ne fussent trop facilement entraînés par les tentations que peuvent offrir la communauté d'existence et la familiarité des rapports quotidiens. On a pensé que la faute serait en quelque sorte encouragée par l'espoir d'un mariage qui viendrait la réparer, qui légitimerait un enfant ; on a supprimé l'espoir, pour laisser à la faute les périls qui serviront à en détourner. On n'aurait certainement pas songé à rendre la faute dangereuse en rendant impossible toute réparation, si l'on n'avait pas constaté que les occasions de faillir étaient trop fréquentes ; et en définitive, ces occasions ne pouvaient venir que des habitudes anciennes où oncles et nièces, tantes et neveux, beaux frères et belles sœurs, vivaient, ou dans la même maison, ou dans une intimité si usuelle qu'elle en paraissait nécessaire ».

Il y a cependant lieu de noter que le Code Civil s'est montré beaucoup plus sobre de prohibitions que le droit canonique ; car à l'époque où ce dernier régissait seul le mariage, les prohibitions s'étendaient jusqu'au 6e et même jusqu'au 7e degré canonique, ce qui suivant la computation civile donne le 12e et même le 14e degré.

Les consuls généraux, consuls et chanceliers ne peuvent sous peine de révocation, se marier sans l'agrément du Gouvernement. (Ordonnance du 20 août 1833, art. 36).

Sur l'autorisation requise pour le mariage des agents diplomatiques et consulaires, voir décret du 19 avril 1894. (S. Lois annotées 1895, p. 964).

Le Concile de Latran en 1215, limita les prohibitions en ligne collatérale au 4e degré canonique, c'est-à-dire au degré de petit fils de cousins germains.

L'art. 161 du Code Civil prohibe d'une façon absolue, le mariage entre personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance en ligne directe, que ce lien soit légitime ou naturel. En matière d'adoption, l'art. 348 ne mentionne que les alliés du premier degré ; il prohibe le mariage de l'adopté avec le conjoint de l'adoptant, et celui de l'adoptant avec le conjoint de l'adopté. En raison de l'âge qu'à généralement l'adoptant, (plus de 50 ans), il est inutile de prévoir des mariages, entre personnes d'un degré plus éloigné. Cette question est d'ailleurs peu importante, en raison du petit nombre des adoptions.

Le Code Civil prohibe le mariage, en ligne collatérale 1° entre personnes parentes ou alliées au second degré (art. 162) frères et sœurs, beaux frères et belles sœurs, sans distinguer si la parenté est légitime ou naturelle, L'adoption n'étant possible que de la part d'une personne qui n'a pas encore d'enfants, la parenté au degré de frères et sœurs, ne peut exister qu'entre enfants adoptifs d'un même individu ; ou entre l'adopté et un enfant qui surviendrait plus tard à l'adoptant (art. 348).

2° Le mariage est également prohibé entre personnes parentes au 3e degré, oncle et nièce, tante et neveu ; et entre grand-oncle ou grand' tante avec un petit neveu ou une petite nièce (art. 163). Ces empêchements sont spéciaux aux parents légitimes, et ne s'appliquent ni aux parents naturels, ni aux alliés, à ce degré. Une personne peut donc épouser l'ex conjoint de son neveu ou de sa nièce, ou celui de son oncle ou de sa tante.

Le mariage est permis entre cousins germains, quoiqu'il ait été condamné par beaucoup de physiologistes. L'interdiction canonique subsiste encore, mais des dispenses sont facilement obtenues.

C'est également au moyen de dispenses accordées par le chef de l'Etat, sur le rapport du ministre de la Justice, et après avis du ministère public du domicile du demandeur qu'étaient levées jusqu'à ces dernières années, les prohibitions de mariage entre beaux frères et belles sœurs, et qu'elles le sont encore pour les mariages entre oncle et nièce ou tante et neveu : entre grand'oncle et petite nièce, ou entre grand'tante et petit neveu (art. 164). Une circulaire de la Chancellerie de novembre 1904 avait recommandé aux Parquets de se montrer très larges et de considérer que la concession des dispenses devrait être regardée comme la règle et le rejet l'exception.

Aux termes de la loi du 1er juillet 1914, le mariage reste prohibé en ligne collatérale entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et entre les alliés au même degré, lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce.

Dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi, M. le député Raoul Péret, rappelait que depuis plus de 10 ans, les demandes de dispenses s'élevant annuellement, en moyenne au chiffre de 1200 étaient presque toujours accordées ; qu'il était par conséquent inutile de maintenir cette formalité longue et coûteuse. En effet, au cours de l'enquête disait-il, « les maires des communes où habitent les suppliants, le Juge de Paix, le Procureur de la République, le Procureur Général, la chancellerie sont appelés à donner leur avis »... « En raison du nombre des pièces réclamées, la patience des intéressés finit par se lasser, et ils abandonnent le projet de mariage. Le nombre des beaux-frères et belles-sœurs, qui ainsi découragés, surtout dans la classe peu fortunée, se sont résignés à l'union libre est assurément très grand, en sorte que pour éviter le scandale prétendu d'un mariage que l'opinion réprouverait, le législateur encourage indirectement la formation ou la continuation de centaines d'unions illégitimes qui la scandalisent bien davantage. Faut-il souligner encore l'inconvénient particulièrement grave que présente l'instruction prolongée des demandes dans le cas de grossesse, alors qu'un mariage rapide, pourrait éviter à l'enfant, la honte imméritée sans doute, mais certaine en l'état de nos mœurs d'une naissance se produisant hors mariage ou pendant le mariage même, à une époque trop rapprochée de celui-ci pour que la fiction de la loi puisse tromper personne sur le caractère de la filiation ? (J. *off.* du 10 mai 1912 annexes p. 88).

« Il serait faux de prétendre, disait-il ailleurs que, dans la plupart des cas les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs ont pour but de faire cesser un scandale. D'autre part, on a remarqué que le plus grand nombre des demandes de dispenses émane des classes les plus pauvres, et notamment de Bretagne, où il arrive souvent que le frère d'un marin décédé demande à épouser sa veuve chargée d'enfants, dont il assure désormais l'entretien. De plus la suppression de la prohibition, aurait pour avantage de faire disparaître un risque de nullités de certains mariages. Il arrive, en effet, encore fréquemment que des mariages sont contractés sans dispense, entre beaux-frères et belles-sœurs, parce que le maire aussi bien que les intéressés ignoraient l'existence de la prohibition. On ne s'aperçoit de la nullité de ces mariages, qu'au moment de la vérification annuelle des registres de l'état civil par le Par-

quet ; il faut alors procéder à un second mariage avec dispense, pour réparer le mal. (Exposé des motifs. *J. off.* du 21 mai 1911. annexes p. 261).

« Si choquante que puisse être dans certaines circonstances exceptionnelles, l'union d'un beau-frère avec sa belle-sœur, ajoutait-il, elle l'est, sans conteste beaucoup moins que le spectacle de relations irrégulières, qui fréquemment s'établissent après le rejet de la dispense. Même lorsque ces relations existaient auparavant n'est-il pas plus moral de permettre aux alliés de les régulariser par le mariage, que de les laisser se continuer ? La réponse n'est pas douteuse, quand l'un de ceux-ci a des enfants auxquels le spectacle d'un père ou d'une mère vivant en concubinage doit, toutes les fois que cela est possible être évité ; et en l'absence d'enfants, de pareils exemples ne sont pas moins déplorables ».

La Commission du Sénat estima qu'il fallait maintenir l'obligation de la dispense, et le contrôle de la Chancellerie lorsque le mariage qui produisait l'alliance était dissous par le divorce, dans le but de sauvegarder les convenances et la morale publique : « En fait, écrivait M. Guillaume Poulle, les demandes de dispenses, après dissolution du mariage par le divorce, sont peu nombreuses ; elles se sont élevées en 1912 à 28 sur un total de 1131 demandes accordées ; en 1913 à 29 sur un total de 1141 demandes accordées. Sans doute, la suppression de ces dispenses entraînera une perte pour le Trésor, mais il importe de remarquer que les recettes ainsi faites sont peu importantes. (Le droit de sceau est de 300 fr. — 23.000 fr. par an en moyenne, pendant les cinq dernières années) ; car les dispenses accordées avec remise partielle ou totale vont en augmentant chaque jour ». Rapport de M. le Sénateur G. Poulle *J. off.* 11 avril 1914 annexes p. 95).

Ainsi donc, aux termes de la loi du 1er juillet 1914, il peut être procédé, sans aucune dispense, à la célébration du mariage entre un beau-frère et une belle-sœur, lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par la mort de l'un des époux ; mais la nécessité de demander une dispense demeure quand l'union d'où résultait l'alliance a pris fin par le divorce.

D'une circulaire du Garde de Sceaux, Ministre de la Justice, en date du 2 juillet 1914, il résulte « qu'en cas de divorce, le projet de mariage pourra être envisagé avec bienveillance, lorsque la dissolution de l'union précédente résultera d'un divorce prononcé au profit du conjoint qui se propose d'épouser son allié. En sens inverse, les magistrats devront se montrer particulièrement rigou-

reux, dans l'appréciation des circonstances, après un divorce prononcé pour cause d'adultère des postulants ».

b) *Prohibition résultant de la complicité d'adultère.*

L'art. 298 du Code civil qui avait voulu réprimer la licence des mœurs, portée à son comble par la Révolution, interdisait à l'époux adultère de se marier avec son complice, après le divorce. Mais il fallait pour cela que le complice fut connu, et désigné soit dans le jugement correctionnel soit dans le jugement de divorce. Cette disposition était, en partie la reproduction d'une loi d'Auguste, la lex Julia, de adulteriis, qui avait interdit à la femme condamnée pour adultère, d'épouser son complice.

Le mérite de cette interdiction était fort discuté ; certains y voyaient une mesure de haute moralité destinée à prévenir certaines fautes et en tous cas à les réprimer ; d'autres prétendaient au contraire que l'époux divorcé pour cause d'adultère, légalement éloigné de son complice, ne renonçait pas pour cela, la plupart du temps, à la passion que celui-ci lui avait inspirée. Le seul résultat de l'art. 298, disait-ils, était de laisser s'étaler au grand jour des relations illégitimes, auxquelles leurs auteurs ne pouvaient mettre un terme.

La loi du 15 décembre 1904 supprima cette prohibition : « L'abrogation, de l'article 298, écrivent MM. P. et V. Margueritte, (quelques idées p. 1 et 22) c'est une pierre qui s'effrite de la vieille geôle des lois ! Après l'une, l'autre !. . Demain, ce sera le corollaire : la faculté aux époux qui légalisent leur union, de légitimer aussi la naissance des enfants qu'ils ont pu avoir, et dont en ce moment la tare adultérine fait d'injustes, d'innocentes et pitoyables victimes..... puis la suppression de l'article rouge, des lois pénales en matière d'adultère ; la recherche de la paternité, ce sera tout l'aboutissement de nos réformes ». Il nous sera facile de montrer au cours de cette étude, que ce programme qui parut profondément subversif, il y a quelques années, est presque totalement réalisé actuellement.

c) *Prohibition née de l'article 295.*

L'ancien art. 295 décidait que les époux divorcés pour quelque cause que ce soit ne pourraient plus se réunir à nouveau par le mariage. Le but était d'éviter que des divorces fussent demandés à la légère ; on voulait obliger les époux, sur le point de divorcer à réfléchir longuement sur les conséquences de leur décision.

Lorsqu'en 1884, le divorce fut rétabli en France, on partit de l'idée que le divorce est un mal, et qu'il faut faciliter la reconcili-

ation des époux. Pourquoi ne pas leur permettre de se réunir, surtout s'ils ont des enfants. On supprima donc l'ancienne prohibition qui ne subsiste que, si dans l'intervalle l'un des époux a contracté un nouveau mariage avec une tierce personne, et si ce second mariage a été lui aussi dissous par le divorce. Dans ce cas, il ne pourra plus se remarier avec son premier conjoint car on craint que le troisième mariage ne soit pas plus solide que les deux premiers.

Enfin le 3e alinéa de l'article 295, tel qu'il résultait de la loi de 1884, interdisait aux époux, après leur réunion de former une nouvelle demande de divorce pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux, depuis leur réunion. Les époux n'avaient d'autre ressource que la séparation de corps, mais celle-ci ne pouvait pas être convertie en divorce. Cette disposition qui avait été inscrite pour empêcher que les époux ne se jouent du mariage et du divorce pénalisait en quelque sorte le second mariage, et la perspective de cette pénalité était un obstacle au remariage. Aussi la loi du 5 avril 1919 a-t-elle abrogé le dernier alinéa de l'art. 295.

§4. *Le — Consentement des Parents.*

L'homme et la femme prennent en se mariant les engagements les plus graves qu'ils puissent avoir à tenir au cours de leur vie. Ils se jurent d'être à jamais l'un à l'autre ; ils déclarent accepter les devoirs de fidélité, d'assistance, de protection ou d'obéissance que leur union comporte ; ils contractent en outre l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants qui naîtront du mariage. Telles sont, dans leur rigide sécheresse, les obligations formelles qui leur sont imposées par la loi civile, et auxquelles il conviendrait d'en ajouter d'autres dérivant de la loi morale.

Aussi le législateur a-t-il pensé, qu'il y avait une mesure de prudence sociale à prendre, au moment où des jeunes gens encore mineurs sont sur le point de contracter mariage. Il a estimé que les sages conseils qu'un jeune homme ou une jeune fille peuvent recevoir de leurs parents sont pour eux d'un prix inestimable. Leur manque d'expérience ne les met pas en effet à l'abri d'entraînements nés la plupart du temps d'une passion irrésistible, qui peuvent compromettre l'honneur et la fortune d'une famille.

Mais, en cette matière, le législateur doit parer à un double danger. Il faut craindre l'abus des influences de familles et leurs

désastreux effets. Si les parents s'opposent le Code à la main au mariage de leur enfant, celui-ci attendra peut être patiemment l'âge auquel il pourra librement se marier avec la personne qu'il aime ; souvent il n'hésitera pas à vivre avec elle, en état de concubinage. Si au contraire, il est soumis et obéissant, il contractera au gré de ses Parents, un de ces mariages d'argent ou de convenances, qui unissent deux familles dont les situations sont en rapport, mais qui sont souvent troublés par des difficultés intimes.

L'individualisme excessif est un autre écueil ; sous l'influence d'un certain nombre d'écrivains, de philosophes, d'hommes politiques, il n'a cessé de se développer, et a déterminé le vote de toute une série de lois que nous allons examiner.

Rappelons tout d'abord qu'en droit romain, la puissance paternelle durait autant que la vie du père, et que ce dernier pouvait encore interdire le mariage de ses enfants quand ils avaient 40 ou 50 ans. Une lente réaction commencée sous les empereurs, aboutit au moyen-âge, à la doctrine du droit canonique validant le mariage contracté sans l'assentiment du père de famille. « Le droit canonique, écrit M. Esmein (t. 1. p. 85. 86) pousse au mariage tous ceux qui ne se sentent pas capables de porter l'état supérieur de virginité ou de continence, et qui ne s'y sont pas astreints par des vœux solennels. Pour faciliter la conclusion des mariages, à l'âge où les passions ont le plus de force, il a affaibli la puissance paternelle et l'autorité familiale. Il a déclaré capables de se marier, de leur seule autorité, toutes les personnes pubères. »

Les Parlements n'acceptèrent pas la décision du droit canon, et ils maintinrent la nécessité du consentement des Parents. Cependant, ils atténuèrent le système romain : les mineurs de 25 ans furent seuls astreints à la nécessité d'obtenir le consentement de leurs parents ; les majeurs devaient requérir leur conseil, mais pouvaient passer outre en cas de refus.

Le Code Civil obligea les garçons jusque l'âge de 25 ans à solliciter l'autorisation de leurs parents. La majorité matrimoniale des filles fut fixée à 21 ans (art. 148 C. civil). Mais dès la fin du 19me siècle, une véritable campagne s'organisa contre cette disposition légale.

M. Emile Faguet fit paraître dans la Revue Bleue, un certain nombre d'articles : « Il est étrange, écrivait-il, qu'un jeune homme de 21 ans soit libre absolument, sauf de se marier ; puisse faire tout ce qu'il veut, s'engager, s'expatrier, changer de nationalité, et non pas se marier lui-même. Cela a des conséquences qui peuvent être graves ; cela peut pousser à l'union libre, qui est la chose qu'il faut

toujours empêcher autant qu'on le peut, redouter comme un grand malheur, et que la loi ne doit pas favoriser. Il faut simplement que le mariage ne soit pas un coup de tête ou un coup de cœur. Il faut prévenir les jeunes gens contre cela et les forcer à consulter leurs Parents. » (année 1902 p. 810) « Pourquoi ajoutait-il, les anciens législateurs avaient-ils pris contre les étourderies des jeunes gens une mesure si rigoureuse ? Par respect pour l'autorité paternelle ? Point du tout, puisque pour toute autre chose, cette autorité, ils la supprimaient net à la majorité ! Parce qu'à cette époque le mariage était indissoluble par conséquent chose très grave, chose terrible. On ne pouvait trop multiplier les obstacles aux mariages irréfléchis. Mais aujourd'hui si l'on a relâché les liens du contrat conjugal on peut et on doit donner plus de liberté à le contracter. On peut en laisser la porte d'entrée plus accessible puisqu'il y a une porte de sortie. S'il n'est plus une impasse, il devient inutile de crier à l'enfant : « N'entrez qu'à bon escient. Hésitez avant d'entrer. » La plus grande facilité à contracter le mariage est la conséquence logique, raisonnable de la plus grande facilité à le rompre. »

Tout en approuvant nettement la loi du 21 juin 1907 qui a abaissé à 21 ans la majorité matrimoniale des jeunes gens, qu'il nous soit permis de regretter que l'éminent écrivain en ait donné de semblables motifs. Le divorce devrait être un remède exceptionnel à une situation malheureuse et sans issue ; il ne devrait pas en résulter que le lien conjugal n'étant plus indissoluble, on n'eût plus besoin de se soucier des conditions dans lesquelles il se nouera. Il ne faut pas que les mariages continuent à se conclure à la légère, car au cours de ces dernières années, nous en avons beaucoup trop vus, contractés avec une rapidité sans pareille, parfois au hasard d'une rencontre dans un cantonnement ou dans une ambulance. Blâmerons-nous le vaillant soldat, qui après les fatigues et les horreurs de la bataille, eut confiance dans la sincérité de l'amour de celle qu'il avait choisie ? Oserions-nous lui reprocher de n'avoir pas prévu l'inconstance de la jeunesse ? Critiquerons-nous la jeune fille qui s'est mariée hâtivement avec un de nos braves Alliés, sans se préoccuper de l'incompatibilité qui se manifeste souvent entre des époux de race différente ? Toujours est-il que si un grand nombre de ces mariages de guerre, pour avoir été instantanés, n'en seront pas moins durables, beaucoup n'ont pas réussi et sont déjà dissous par le divorce. Aussi certains moralistes constatent-ils avec inquiétude que le mariage tend à devenir un acte de moins en moins sérieux, et que chaque loi nouvelle porte atteinte à ce qui en augmentait la dignité.

Jusqu'en 1907, les futurs époux qui avaient dépassé l'époque de la

majorité matrimoniale (21 ans pour les filles, 25 ans pour les garçons) devaient encore requérir le conseil de leurs parents ou grands parents, et solliciter leur approbation. Lorsque l'ascendant refusait de donner amiablement son consentement, le futur époux devait lui adresser un acte respectueux, sorte de sommation, qui n'avait de respectueux que le nom, et qui n'avait aucune efficacité. Quand les enfants étaient réduits à en faire usage, il est probable qu'ils avaient déjà exposé à leurs Parents, tous les arguments de nature à vaincre leur résistance. On espérait cependant empêcher parfois, de cette façon, une union dominée par une passion aussi sotte que passagère, en donnant aux jeunes gens, le temps de la réflexion. Si l'ascendant persistait dans son refus, le mariage n'en était pas moins possible, mais ne pouvait être célébré qu'après l'expiration du délai d'un mois à compter du dernier acte.

Cette formalité dont l'utilité était fort contestable, provoquait des scènes de famille souvent pénibles, et imposait aux deux notaires une mission aussi dèlicate que désagréable. La loi du 20 juin 1896 avait déjà diminué le nombre des actes respectueux, se contentant d'un seul, au lieu de trois, réduisant ainsi à un mois le retard apporté au mariage.

La loi du 21 juin 1907 fit un pas sérieux en avant . Les jeunes gens comme les jeunes filles peuvent désormais se marier sans le consentement de leurs parents, dès qu'ils ont atteint l'âge de 21 ans. Au delà de 30 ans, aucune formalité n'est plus requise ; il est possible de se marier, sans consulter personne, tandis qu'auparavant les actes respectueux devaient être faits, quelque fût l'âge du futur époux, « eût-il, suivant l'expression de MM. P. et V. Margueritte. barbe grise au menton, fût-il un des sages de la Grèce, ou un des législateurs de la France, eût-il, inscrit son nom, au livre d'Or, des Gloires de son Pays » (Quelques idées p. 199).

Même au dessous de 30 ans, les futurs époux n'ont plus besoin de produire le consentement des ascendants, autre que père et mère ; les grands parents ne sont plus consultés par les descendants majeurs. Cependant entre 21 et 30 ans, le jeune homme et la jeune fille, qui n'ont pas obtenu le consentement amiable de leurs père et mère, doivent par le ministère d'un seul notaire, non plus solliciter la réponse des parents, mais les informer seulement du projet de mariage. Cette notification est rédigée sur papier libre, et sans frais de timbre ni d'enregistrement. On a en réalité conservé l'acte respectueux sous un autre nom.

Sous l'empire de la loi de 1907, il ne pouvait être passé outre, à la célébration du mariage que 30 jours francs, après justification de

cette notification. La loi du 9 août 1919 a réduit le délai à quinze jours, et a décidé qu'il court non plus de la justification de la notification, mais de la notification elle-même. Elle dispose également que le nouvel article 151 n'est pas applicable aux personnes qui contractent un second ou subséquent mariage, après veuvage ou divorce : « Le futur époux est majeur; son premier mariage lui a, en fait, donné une certaine indépendance vis-à-vis de ses père et mère ; peut-être même a-t-il divorcé (sans avoir eu besoin de solliciter leur consentement); il serait étrange qu'il eut besoin de leur consentement pour se marier à nouveau. (Rapport de M. Leredu 6 mars 1918, 2e séance, annexe n° 4403. J. off. du 21 mai 1918 p. 302).

Mais une autre réforme beaucoup plus importante avait été proposée par la Chambre des Députés. Elle consistait à abaisser à 25 ans, l'âge auquel le futur époux ou la future épouse doivent obtenir le consentement de leur père et mère. Le Sénat ne voulut pas accepter la réforme et l'opposition subsista entre les deux Assemblées, jusqu'au jour où la Chambre décida à regret de maintenir la législation antérieure.

Enfin dans deux cas particuliers, le législateur de 1896 et de 1907 a montré sa préoccupation de faciliter le mariage. Lorsqu'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux, au profit duquel la séparation ou le divorce a été prononcé, et à qui la garde de l'enfant a été confiée suffit. Si la double condition n'est pas remplie, le désaccord entre les deux époux est tranché par le tribunal civil qui accorde ou refuse le consentement demandé. Lorsque le divorce a été prononcé aux torts des deux époux, on considère chacun d'eux comme l'ayant obtenu. (art. 152.)

Dans le cas spécial où l'ascendant est condamné à la relégation, ou est maintenu dans la colonie pénitentiaire, par application de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés, il est considéré comme étant dans l'impossibilité de manifester sa volonté ; et l'enfant est dispensé de solliciter son consentement depuis la loi de 1896 (art. 153). Obliger un enfant dont le père est en Nouvelle Calédonie, à solliciter son consentement, c'était l'exposer à des retards considérables, et peut-être lui faire manquer son mariage.

Section III

Les Conditions de forme du Mariage

§ 1. — *Les Publications. Les Oppositions*

Diminuant le nombre des prohibitions de mariage, portant de plus en plus atteinte aux droits des membres de la famille appelés à donner leur consentement, voulant en un mot ouvrir largement la porte d'entrée du mariage, afin de remédier à l'accroissement des unions illégitimes, la législation postérieure au Code Civil devait également simplifier les formalités édictées en 1804.

« Il importe, écrivait M. l'abbé Lemire, dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi relative au mariage présentée le 15 janvier 1903 (J. off. 6 novembre 1904, p. 897, annexe 652) que la famille ne soit pas une sorte de somptueuse demeure d'accès difficile, ouverte seulement à ceux qui ne reculent ni devant les formalités, ni devant les dépenses ».

Pour juger des inconvénients des formalités édictées par le Code, il faut se placer au point de vue des personnes dont le temps est précieux et dont le salaire quotidien est minime. Les démarches dans les bureaux de la mairie pour faire procéder aux publications, pour grouper les certificats nécessaires, les taxes si modestes soient-elles qu'il y a lieu d'acquitter, peuvent détourner de la célébration du mariage, les personnes de la classe ouvrière, qui forment la majeure partie de la population.

Pour assurer le respect des dispositions légales, le Code organisa le système des publications. Leur origine remonte aux bans par lesquels le clergé catholique annonçait et annonce encore aux fidèles, les mariages projetés, dans le but de recevoir, le cas échéant, avis des empêchements. Le législateur a pensé que certaines personnes chercheraient à se marier, sans remplir les conditions voulues, en cachant leur situation ; il a espéré que la publication du mariage amènerait ceux qui auraient connaissance d'un empêchement quelconque à en avertir l'officier de l'état-civil.

L'article 63 ancien obligeait ce dernier à faire deux publications orales, à huit jours d'intervalle, un dimanche, devant la porte de la mairie ; l'officier devait en dresser acte sur un registre spécial ; puis une affiche annonçant le mariage était apposée à la porte, pendant l'intervalle des deux publications. En pratique, on s'était dis-

pensé des deux publications orales ; on se contentait de rédiger l'acte sur le registre, et de placer l'affiche dans un tableau à ce destiné. La loi du 21 juin 1907, consacrant la pratique suivie, a supprimé toute publication orale ; il n'y a plus qu'une seule publication qui consiste en l'apposition d'une affiche à la porte de la mairie, pendant dix jours. En effet, afin de permettre aux oppositions de se produire s'il y a lieu, le mariage ne peut être célébré au plus tôt que le dixième jour après et non compris le jour de la publication.

Cette loi permettait de faire dorénavant la publication un jour quelconque, et non plus obligatoirement un Dimanche. Mais le délai de dix jours devait comprendre deux Dimanches, et par suite le bénéfice de la réforme était perdu. Si l'on commençait la publication un lundi, elle devait durer quatorze jours, et en fait on ne commençait plus les publications que le vendredi ou le samedi. La loi du 9 août 1919, a simplifié les nombreuses indications qui devaient figurer sur l'acte de publication, et a supprimé la nécessité de comprendre deux dimanches dans le délai de dix jours. L'affichage peut donc commencer n'importe quel jour de la semaine, aussitôt le dossier constitué et le mariage peut être célébré exactement à l'expiration du délai légal. (V. Rapport Leredu 6 mars 1918. J. off. du 21 mai 1818 chambre annexe 4403 p. 298).

De tout temps, les parties ont pu se faire dispenser partiellement, pour des causes graves de la nécessité d'observer les délais des publications. L'ancien art. 169 autorisait seulement la dispense de la seconde publication ; le délai était ainsi réduit à deux jours francs. Un arrêté du 20 prairial an X confiait le soin d'accorder la dispense aux Procureurs de la République ; la loi de 1907 leur a confirmé cette attribution et leur a permis de dispenser de toute publication et de tout délai. Les causes graves n'étant pas précisées, on en admet généralement trois : la maladie de l'un des futurs époux, (mariage in extremis), un départ forcé et subit, un accouchement imminent.

Au cours de la guerre, les Procureurs de la République accordèrent très facilement aux mobilisés, des dispenses de publication. Dès le mois d'août 1914, une circulaire ministérielle les y invitait, afin de permettre à un certain nombre de ménages irréguliers d'acquérir une situation légale, avant le départ du mari pour l'armée. Pendant les deux premières semaines de guerre, 2500 mariages furent célébrés à Paris, soit un excédent de 1360 sur la période correspondante de 1913. (Journal de statistique, juin 1915 p. 227 et 507).

La publication a pour but de provoquer des oppositions au mariage, s'il y a quelque cause légale d'empêchement. Il ne nous est

pas possible d'étudier ici tout le système des oppositions, tel qu'il résulte non seulement du Code, mais surtout de la pratique Il nous suffira de remarquer qu'avant la Révolution aucune règle ne limitait la possibilité d'entraver des mariages par des oppositions ; n'importe qui pouvait le faire pour des motifs quelconques et plus ou moins blâmables ; cette liberté fit naître de nombreux abus. Un prétendant évincé, une maîtresse abandonnée.... pouvaient former opposition, provoquant des retards, de graves ennuis et quelquefois occasionnant une rupture. La loi du 20 septembre 1792 restreignit notablement le droit d'opposition et le Code, imitant son exemple, ne l'a accordé qu'à un petit nombre de personnes dans des cas déterminés, le subordonnant au surplus à des formes rigoureuses. Cependant, en pratique l'officier de l'état civil, prévenu de l'existence d'un empêchement, s'abstient de célébrer le mariage, quand l'avis lui paraît sérieux.

Peuvent former opposition 1° le conjoint de l'un des futurs époux, qui à un intérêt primordial à empêcher un nouveau mariage, 2° les pères et mères de chacun d'eux, sans que la loi distingue entre les parents naturels ou légitimes. Sous l'empire de la loi du 21 juin 1907, la mère légitime n'avait le droit d'opposition, que si le père était mort, déchu ou hors d'état de manifester sa volonté, le consentement du père étant suffisant pour le mariage. La mère naturelle peut, au contraire, être investie de la puissance paternelle, même quand le père est vivant et connu.

La loi du 9 août 1919 a modifié l'art. 173 et a mis sur un pied d'égalité le père et la mère. D'autre part, par suite d'une erreur typographique, la loi de 1907 avait omis de dire, avant les mots « aïeuls et aïeules » « à défaut de père et de mère ». Les ascendants du second degré avaient donc le droit de faire opposition concurremment avec la mère. Il y avait là une réforme involontaire que la loi nouvelle a fait disparaître Lorsqu'une mère veuve avait donné son consentement au mariage de son fils, les grands parents pouvaient encore former opposition ; désormais ils ne peuvent exercer ce droit qu'à défaut de père et de mère.

Au surplus, un alinéa nouveau précise qu'après main levée judiciaire d'une opposition au mariage, formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable, et ne peut en retarder la célébration. Le législateur a pensé que s'il existait réellement un empêchement légal au mariage de l'enfant le premier opposant l'aurait fait valoir, et que le tribunal aurait maintenu l'opposition. La main levée qui en a été donnée permet de supposer que l'opposition n'était qu'un moyen simplement dilatoire. On a voulu

éviter une manœuvre, qui permettrait au père, à la mère, et aux ascendants. par des oppositions successives, de retarder indéfiniment la célébration du mariage. Au reste, si la mère a des empêchements légaux à faire valoir, elle peut les dénoncer à l'officier de l'état civil qui, après vérification, n'hésitera pas à consulter le Procureur de la République, avant d'obtempérer à la réquisition de célébration, qui lui est adressée par les futurs époux. (Rapport Leredu précité 6 mars 1918 p. 303).

A défaut d'ascendants, parmi les collatéraux, seuls le frère et la sœur, l'oncle et la tante, le cousin germain et la cousine germaine ont le droit de former opposition (art 174). Il n'y a point entre eux de hiérarchie, et ils peuvent s'opposer au mariage concuremment ; cependant ils doivent être majeurs. L'art. 175 accorde également ce droit au tuteur ou curateur de l'un des futurs époux, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, à condition qu'il y soit autorisé par un conseil de famille.

Le Code Civil n'accorde pas le droit de former opposition au ministère public ; cependant la jurisprudence le lui reconnaît. (Cass. 21 mai 1856. D. 1856. 1. 208. — Cass. 28 nov. 1877. D. 1878. 1. 209 — Grenoble 14 janvier 1889. D 1890 2.193.) Elle se base sur un double motif : 1° Le Code autorise dans certains cas le ministère public à demander la nullité du mariage, cela implique le droit d'empêcher sa célébration ; 2° l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, sur l'organisation judiciaire charge le ministère public de poursuivre l'éxécution des lois qui intéressent l'ordre public. Cette jurisprudence est bien établie ; et les dangers qui ont fait limiter le droit d'opposition ne sont nullement à redouter de la part de magistrats qui n'agiront qu'en cas d'utilité absolue.

Les parents et ascendants ont seuls le droit de former opposition, sans en indiquer le motif; la loi a pensé qu'ils ne feront pas, sans cause sérieuse, opposition au mariage de leur enfant. S'il n'existe aucune cause légale d'empêchement, l'enfant obtiendra main-levée judiciaire de l'opposition sans pouvoir faire condamner à des dommages intérêts, l'ascendant qui l'aura faite sans droit ; mais la procédure aura demandé du temps, et peut être, dans cet intervalle, l'enfant aura-t-il réfléchi. La loi a donné ainsi une ressource suprême aux parents et ascendants, pensant que leur résistance au mariage se base sur des considérations morales.

Certains auteurs ont pensé qu'il n'y avait que des inconvénients à engager une famille dans un tel conflit ; et que l'on use l'autorité paternelle, au lieu de la grandir, lorsque la résistance des ascendants est vaincue par avance.

« Faire opposition ? écrivent MM. Paul et Victor Margueritte (Quelques idées — Papa et maman). S'imagine-t-on un tel abus de pouvoir ? Recourir aux tribunaux, aux avocats, faire jeter la boue sur son propre enfant, sur celui ou celle qu'il veut épouser, et mettre cette boue dans la corbeille de noce. Plaider, faire plaider au grand jour du prétoire, devant la foule curieuse et amusée, au nom des principes, en se réclamant d'honneur de race, de vertus de famille, faire déshonorer, coram-populo, des êtres conscients, des êtres qui veulent aimer et vivre, avoir des enfants légitimes et non des bâtards — Voyons, est ce que ce n'est pas un de ces droits draconiens que l'opinion publique devrait défendre de revendiquer ?..... En voulant maintenir leurs pouvoirs, ils affaiblissent et ruinent ce qui doit demeurer sacré, le respect de ceux qui nous ont mis au monde..... Car d'abord très souvent, ils n'empêchent rien, et leur protestation est aussi stérile qu'injuste. Ensuite, ils sont coupables, en prenant la société à témoin de leurs démêlés intimes et de leurs plaies secrètes Les histoires de famille ne regardent personne ; elles ne regardent pas les huissiers ; elles ne regardent pas les avoués, les juges, la galerie. C'est affaire de conscience. Souffrir et se taire est encore le plus digne. Quand un père et une mère ont de toute leur force blâmé leur enfant, ils sont quittes envers les plus rigoureux scrupules »

Le droit d'opposition au mariage qui appartient aux autres personnes est loin d'être aussi large. Pour le conjoint, le motif est simple ; il demande le respect de la foi jurée. Les collatéraux ne peuvent former leur opposition que dans deux cas : 1° lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'art. 159 en cas de mariage d'un mineur qui n'a plus d'ascendants n'a pas été obtenu, 2° lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. (art. 174)

Si l'on fonde le droit du ministère public sur la faculté qu'il a d'agir en nullité il ne pourra motiver son opposition que sur l'impuberté de l'un des futurs époux, sur l'existence d'un mariage antérieur, ou d'alliance au degré prohibé. Si au contraire, on se base sur la loi de 1810 article 46, un empêchement quelconque lui permettra de faire opposition, tous les empêchements au mariage intéressant l'ordre public.

§ 2. — *Les pièces à fournir au moment de la célébration du mariage.*

Lorsque la publication requise a été faite, lorsqu'il n'y a pas eu d'opposition ou lorsqu'il en a été donné main levée soit volontaire

soit judiciaire, les futurs époux, doivent, avant la célébration du mariage, remettre à l'officier de l'état civil un certain nombre de pièces.

C'est tout d'abord l'acte de naissance dont la production ne doit pas remonter à plus de 3 mois, s'il a été délivré en France, et à plus de 6 mois, s'il a été délivré dans une colonie ou un consulat, (loi du 17 août 1897), Cette disposition inspirée par le motif éminemment sérieux d'éviter la bigamie (puisqu'il doit être fait mention du mariage en marge de l'acte de naissance des époux) oblige lee parties à demander une nouvelle expédition de leur acte de naissance si pour une raison quelconque le mariage est retardé.

S'il est impossible de se procurer l'acte de naissance, par une décision de faveur spéciale au mariage, on peut y suppléer par un acte de notoriété délivré par le Juge de Paix du lieu de la naissance ou du domicile, sur la déclaration de 7 témoins. Cet acte doit être présenté au tribunal du lieu où doit se célébrer le mariage, afin d'être homologué par lui ; mais l'homologation peut être refusée, s'il estime insuffisantes les déclarations des témoins et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance (art. 70-71-72).

Il faut aussi produire l'acte constatant le consentement des Parents, s'ils n'assistent pas au mariage, ou celui constatant le consentement du conseil de famille ; tantôt c'est la justification de la notification prescrite par l'art. 151 ; tantôt ce sont les actes de décès des ascendants dont on peut cependant se passer suivant avis du Conseil d'Etat du 24 thermidor an XIII, avec une attestation des aïeuls et aïeules, ou à leur défaut sur déclaration avec serment des époux majeurs et de leurs témoins. Au lieu d'un acte de décès, il faudra parfois produire l'expédition d'un jugement d'interdiction ou de déclaration d'absence, ou l'expédition d'un arrêt qui aura condamné l'ascendant à la relégation ou à la transportation.

Dans le cas où les parents sont divorcés ou séparés de corps, si l'enfant produit seulement le consentement de celui qui a obtenu le divorce ou la séparation et le droit de garde, il doit faire constater que le conseil de l'autre parent a été demandé. Il doit en outre fournir une expédition du jugement de séparation, ou la preuve de la transcription du divorce.

Il y aura lieu parfois de produire l'autorisation dont nous avons parlé, si le futur conjoint est militaire, marin, consul ou ambassadeur ; l'acte accordant les dispenses à raison de l'âge, de la parenté, de l'alliance, ou la dispense de publication ; l'acte de décès du premier conjoint si l'un des futurs époux a déjà été marié, les certificats de publications, si on en a fait dans d'autres communes ; les certi-

cats de non-opposition délivrés par les officiers de l'état-civil des autres communes ; la main levée des oppositions, s'il y en a eu de formées; le certificat délivré par le notaire, s'il a été fait un contrat de mariage ; et dans le cas exceptionnel où le mariage a eu lieu hors de la mairie, le certificat du médecin.

Lorsque le mariage doit être célébré dans la commune où les actes de naissance ou de décès ont été dressés, les officiers d'état-civil pourraient se contenter d'énoncer dans le corps de l'acte de mariage, qu'ils ont constaté dans leurs registres, les naissances e décès dont il devait être justifié ; cependant certains exigent, parait-il, la production de ces actes qu'ils ont à leur disposition.

Pour remédier aux tristes conséquences de cette réglementation excessive qui rebute beaucoup de pauvres gens, et les éloigne du mariage, bien des efforts ont été tentés.

Plusieurs sociétés (St François Régis fondée en 1826 ; St Vincent-de-Paul ; l'œuvre évangélique des papiers de mariage) offrent de faire à la place des intéressés toutes les démarches nécessaires. Leurs membres se présentent chez des personnes connues comme vivant en concubinage, leur montrent les dangers de cette situation irrégulière pour eux-mêmes et leurs enfants, se chargent enfin de réunir toutes les pièces nécessaires pour légaliser leur union. L'action de ces œuvres est malheureusement fort restreinte.

La loi du 10 décembre 1850 a réalisé une amélioration notable. Les pièces nécessaires au mariage des indigents, à la légitimation des enfants naturels, sont demandées et réunies par les soins de l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle les parties auront déclaré vouloir se marier. Elles sont dispensées des droits de timbre et d'enregistrement. Sont considérés comme indigents, admis au bénéfice de la loi, ceux qui justifient d'un certificat d'indigence délivré par le commissaire de police ou le maire.

Nous avons déjà signalé incidemment l'avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII ; ses dispositions ont été insérées en 1896 dans l'article 155 ; la loi du 10 mars 1913 a édicté une mesure analogue au profit des mineurs. Il arrive en effet souvent dans les classes pauvres, que celui qui veut contracter mariage ignore dans quel lieu l'ascendant, dont il doit rapporter le consentement est décédé. Ne pouvant justifier régulièrement du décès, on se contente d'une attestation des aïeuls ou aïeules survivants ; si tous sont morts, le futur époux majeur déclarera sous serment qu'il ignore le lieu du décès et celui du dernier domicile.

Le mineur de 21 ans qui se trouve dans les mêmes conditions, prête serment que le lieu du décès ou celui du dernier domicile de

ses ascendants lui sont inconnus. S'il est enfant légitime, il prête serment devant le juge de paix, en présence du Conseil de famille réuni pour statuer sur la demande d'autorisation. S'il est enfant naturel, le juge de paix lui donne acte du serment, et le notifie au tribunal de première instance qui statue sur la demande d'autorisation.

La loi de 1896 a permis à l'ascendant, qui réside au loin ou qui est malade, de donner son consentement soit devant un notaire, soit même devant l'officier de l'état civil de son domicile (art 73 al. 3) ; la loi de 1919 y a ajouté les mots « ou de la résidence », afin de mettre un terme, à des discussions de droit et de fait, sans cesse renouvelées, sur le domicile ou sur la résidence des personnes.

D'autre part, la loi de 1907, tranchant une ancienne et longue controverse à consacré définitivement la possibilité de se marier soit dans la commune où l'on est domicilié, sans l'exigence d'aucune condition de résidence ; soit dans celle où l'on a une résidence, non plus de six mois, mais de un mois, sans y avoir son domicile réel (art. 74 et 165). Cette nouvelle disposition permet à ceux qui changent souvent de domicile de se marier sans retard, au lieu de se voir imposer un délai relativement long. Mais pour éviter des fraudes possibles, de la part de certains conjoints, si l'époux ne réside pas depuis six mois, dans la commune où il va se marier, la publication doit être faite, au lieu du dernier domicile ou de la dernière résidence ; et si cette résidence n'a pas elle même duré six mois, la publication doit être faite également au lieu de la naissance. (Art. 167).

Le souci de grouper les certificats de publication, de les remettre à l'officier de l'état civil compétent pour la célébration du mariage était pour les futurs époux une cause d'ennuis et de démarches. La loi de 1919 a décidé que si la publication a été faite dans plusieurs communes, l'officier de l'état civil de chaque commune transmettra, sans délai, à celui qui doit célébrer le mariage, un certificat constatant qu'il n'existe point d'opposition (art. 69).

C'est à la mairie que les mariages doivent être célébrés ; l'art. 75 parle, en effet de la maison commune ; toutefois on admettait qu'en cas de maladie ou d'infirmités de l'un des futurs conjoints, ou à défaut de maison commune, l'officier de l'état civil pouvait se rendre au domicile du malade, ou dans tout autre lieu pour y célébrer le mariage. Il devait cependant laisser les portes de la maison ouvertes pour respecter le principe de la publicité, et mentionner les causes ayant nécessité cette dérogation aux principes. (Circulaire

du garde des Sceaux 15 octobre 1852). La loi de 1919 a rectifié en quelque sorte les pratiques antérieures. Le nouvel art. 75 décide qu'en cas d'empêchement grave le Procureur de la République du lieu du mariage peut requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties, pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état-civil peut s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du Procureur de la République, auquel il doit ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration, hors de la maison commune. Mention doit en être faite dans l'acte de mariage.

Enfin l'ancien art. 75 imposait pour la validité de la célébration du mariage, la présence de quatre témoins : la loi de 1919 a réduit leur nombre à deux. Cette modification est dûe à la proposition de loi de M. Strauss (Exposé des motifs, 5 novembre 1912 annexe n° 338. J. off, du 29 Décembre 1912). La nécessité de réunir quatre témoins n'existait en effet que pour les actes de mariage, puisque pour les actes de naissance et de décès les articles 56, 59 et 78 n'exigent que deux témoins. Il y avait là une source de difficultés pour les ouvriers et les indigents, quelquefois sans parents ou sans amis, qui étaient contraints de recourir moyennant rétribution à des témoins d'occasion ou de profession.

La loi nouvelle s'est donc efforcée de faciliter le mariage. « Débarrasser l'acte solennel le plus possible de toutes les formalités souvent inutiles qui le gênent ou l'entravent, faire surtout que la jeunesse puisse aller facilement à l'union légitime, tel est notre désir, écrivait M. le Député Leredu, dans son rapport du 13 février 1919, (annexe 5690 J. off. du 14 novembre 1918 p. 800). Nous répondons ainsi à l'intérêt de la France ; nous nous préoccupons de son avenir, en face d'un affaiblissement si marqué de la natalité, et de la diminution de notre population, à la suite du grand cataclysme, qui vient de bouleverser notre pays. »

Malgré toutes ces réformes, les formalités demeurent encore pour beaucoup de personnes compliquées et onéreuses. Le mariage n'est gratuit que pour les indigents, qui doivent faire constater cette qualité, et pour cela sont astreints à un certain nombre de démarches. Le législateur de 1919 ne s'est d'ailleurs fait sur ce point, aucune sorte d'illusion , il a considéré que son œuvre n'était qu'une troisième étape après les lois de 1896 et de 1907 vers « le mariage facile » Et dans son rapport du 25 juin 1919 (annexe . 6. 381. J. off. du 28 Décembre 1919, p. 1996). M. *Leredu*, faisant allusion à la ré-

sistance du Sénat relativement à la modification de l'art. 151 écrivait notamment : « Cette étape ne sera pas la dernière, et espérons que le nouveau Sénat nous aidera, dans un avenir prochain, à compléter notre œuvre ».

APPENDICE

La survenance de l'état de guerre a fait modifier sur deux points spéciaux, la législation du mariage. Les textes qu'il nous reste à examiner ont eu pour but de remédier à certaines situations particulières, et de faciliter la célébration des mariages. Ils n'ont eu qu'un caractère temporaire, mais méritent cependant d'être étudiés.

§ 1 *Le Mariage par procuration.*

Le Code Civil ne dit nulle part que les futurs époux doivent se présenter en personne, devant l'officier de l'état-civil ; cependant partout la loi suppose leur présence réelle. L'art. 75 ne laisse aucun doute à cet égard. Il y avait eu cependant à l'origine, une controverse célèbre, les commentateurs du Code Civil invoquant la tradition du droit romain, du droit canonique et de l'Ancien droit permettant le mariage par procuration. Mais la discussion des art. 146 et 180 au Conseil d'Etat est fort nette à cet égard ; et le Premier Consul fit remarquer que le mariage ne pouvait plus avoir lieu qu'entre personnes présentes. Si en effet, le mariage par procureur était permis il pourrait arriver que la partie absente ait changé de volonté avant la célébration, sans avoir eu le temps ou le moyen de révoquer son mandat. Son consentement ferait donc défaut au moment de la célébration du mariage et elle se trouverait mariée contre son gré. Aussi depuis longtemps la doctrine et la jurisprudence s'étaient ralliées à cette opinion.

La loi du 4 avril 1915 apporta une remarquable dérogation à cette règle, en permettant le mariage des militaires et marins représentés par un fondé de procuration spéciale. Mais cette faculté, dont l'exercice est limité au temps de guerre, n'est ouverte qu'aux militaires et marins présents sous les drapeaux, à la condition qu'ils justifient de causes graves et d'une autorisation du ministre de la justice, et du ministre de la guerre ou de la marine.

Les motifs qui ont inspiré ces dipositions exceptionnelles ont été exposés par M. Catalogne, dans son rapport au Sénat. (6 mars 1915 J. Off. du 28 mars 1915 p. 30 annexes n° 82) : « La mobilisation a bouleversé, interrompu la vie sociale. Les militaires et les marins que, sans délai, elle a éloigné de leurs foyers, se trouvent actuellement dans l'impossibilité matérielle et légale de contracter mariage Ils ne peuvent, en effet comparaître en personne, devant l'officier de l'état civil compétent. Par une innovation dont la hardiesse est heureusement tempérée par son caractère momentané, le Gouvernement propose d'autoriser le mariage de nos soldats sans les astreindre à comparaître en personne devant l'officier de l'état civil. Il ne faudrait pas, en effet que les obligations du devoir militaire enlèvent aux défenseurs de la Patrie le bénéfice des lois dont l'application est devenue pour eux une impossibilité. Il ne faudrait pas que des citoyens français se trouvent privés de l'accomplissement de devoirs sacrés qu'une mobilisation précipitée a ajournés et qu'une mort glorieuse sur le champ de bataille rendrait impossible à réaliser. Combien de femmes souffrent déjà d'une législation qui ne pouvait prévoir un état de guerre exceptionnel ! Combien d'enfants dont la légitimation en période normale était certaine seront exposés à vivre désormais sans nom et sans famille ! Il importe de venir au secours de ceux qui attendent la régularisation d'une situation anormale et précaire ».

Si en effet, dès le début de la guerre, les Procureurs de la République avaient fait une large application de l'article 169 sur les dispenses de publication, cette première mesure était insuffisante ; le temps avait manqué aux intéressés pour profiter de ces facilités qu'ils ont même souvent ignorées.

La loi nouvelle subordonne la faculté de contracter mariage par procuration à la justification de causes graves et à la production d'autorisations ministérielles. L'appréciation des causes graves est laissée aux divers ministres compétents, mais il résulte des travaux préparatoires de la loi que cette expression, déja notée à propos des art. 164 (prohibition des unions entre beaux-frères et belles sœurs) et 169, (dispenses de publication) doit-être interprétée largement.

Une circulaire de M. Aristide Briand, garde des sceaux, ministre de la justice aux Procureurs Généraux, en date du 8 avril 1915 et relative à l'application de la loi (J. Off. du 10 Avril 1915) précise : « qu'il y aura cause grave, non seulement s'il existe des enfants à légitimer ou en cas de grossesse de la future épouse ; ou encore dans l'hypothèse ou la mort de l'un des futurs époux étant immi-

nente, il s'agira de procéder à un mariage in extremis, mais aussi toutes les fois que le futur époux désireux de donner suite à une promesse de mariage antérieure à la mobilisation servira comme militaire ou marin, à un poste où sa vie est en danger. Si la loi du 4 Avril a fait dépendre le mariage par procuration d'une double autorisation, qui elle même suppose des causes graves, c'est pour éviter les abus, et spécialement pour empêcher que cette forme nouvelle du mariage ne favorise des unions inspirées par des calculs intéressés, ce qui se produirait si des mariages, venaient à être conclus entre des personnes qui n'avaient formé avant la guerre, aucun projet matrimonial et qui ne s'uniraient par procuration que dans le but d'assurer à la future épouse certains avantages pécuniaires : »

La procuration, dont il doit être fait mention dans l'acte de mariage est établie conformément à la loi du 8 juin 1893, sur les actes dressés aux armées, elle est dispensée des droits de timbre et d'enregistrement.

La circulaire précise que le fondé de procuration choisi par le militaire ou marin doit à raison du caractère spécial du mandat dont il est investi et qui l'appelle à participer à un acte de l'état civil, être âgé de 21 ans au moins, condition essentielle exigée des témoins à un tel acte, par l'art. 37. Comme il est destiné à représenter la personne du futur époux, il doit être du sexe masculin. Le mandat ne peut être confié à un parent ou allié de la future épouse à un degré comportant prohibition de mariage. Ne peuvent être fondés de procuration spéciale pour mariage, les individus frappés de l'incapacité d'être témoins par suite de dégradation civique ou de déchéance prononcée en vertu de l'article 42, C. pénal.

Si le militaire ou le marin est âgé de plus de 21 ans et de moins de 30 ans, il est tenu, à défaut du consentement de ses Parents, de leur faire notifier par un notaire l'union projetée ; l'ancien art. 151 prévoyait un délai de 30 jours francs, après cette notification avant l'expiration duquel il ne pouvait être procédé à la célébration du mariage. L'article 1er par. 2 de la loi nouvelle réduit ce délai à quinze jours, en cas de mariage par procuration. Certains ont pensé qu'on aurait pu aller jusqu'à supprimer, sinon la notification, du moins tout délai ; car, selon l'énergique expression de M. le Sénateur Herriot : « Pour envoyer au feu, un jeune homme de 28 ans, on ne lui a pas demandé l'autorisation de sa mère. L'homme qui risque sa vie à toute minute doit jouir de sa pleine autonomie morale. » (Rapport de M. Veber. Chambre 25 mars 1915, annexe

797. J. Off. du 16 avril 1915, p. 295). Rappelons que la loi du 9 août 1919 a généralisé le délai de 15 jonrs, applicable désormais à tous les mariages. (art 151 et 154).

Les autres formalités prescrites par le Code doivent être observées : le Procureur de la République peut, par application de l'art. 169 C. civil, dispenser le militaire ou le marin, de la publication et de tout délai. D'autre part, afin d'éviter des frais aux mobilisés, le Garde des Sceaux, promit, au cours de la discussion, de donner des instructions tendant à une large application de la loi de 1850 sur le mariage des indigents.

Le militaire ou le marin peut en outre insérer dans l'acte par lequel il donne procuration pour la célébration de son mariage, un second mandat, en vue de la reconnaissance des enfants naturels qu'il a eus de la future épouse ; mais il peut procéder directement à cette reconnaissance, en vertu de l'art. 98 du code civil, devant les personnes désignées à l'art. 93.

La loi du 19 août 1915 étendit aux militaires et marins prisonniers de guerre, les dispositions de la loi que nous venons d'étudier (D. 1916. 4. 1.) Le Gouvernement s'étant efforcé de remédier aux difficultés résultant de l'établissement d'une procuration en pays ennemi, l'ambassade d'Espagne à Berlin fit connaître que la législation espagnole admettait le mariage par procuration, et que les agents consulaires de ce pays avaient donc faculté pour dresser ce genre d'acte. La procuration put donc être établie par les agents diplomatiques ou consulaires de la puissance étrangère chargée des intérêts français dans les pays où ces militaires et marins étaient retenus en captivité,

On s'était demandé quel serait le sort du mariage contracté par procuration en cas de mort du futur époux, avant le jour de la célébration. Il est bien certain que si la nouvelle du décès du militaire ou du marin parvient à l'officier de l'état-civil, celui-ci ne peut plus procéder à la célébration. Mais dans le cas où la mort est ignorée, en appliquant les principes du Code civil, on devait être amené à conclure que le mariage serait nul, mais produirait les effets d'un mariage putatif tant à l'égard de la femme, que des enfants nés ou à naître si la femme était de bonne foi ; c'est-à-dire, si au moment de la célébration elle avait partagé l'ignorance du décès de celui avec qui elle avait le dessein de contracter mariage. Bien que le mariage soit frappé de nullité, la légitimation des enfants reconnus s'en suivrait donc.

C'est ce qu'a formellement décidé la loi du 7 avril 1917 qui, dans son article 2, porte que si les mariages par procuration ont

été célébrés postérieurement au décès du futur époux, ils produisent néanmoins tous leurs effets, au point de vue de la légitimation des enfants et du droit du conjoint, conformément aux dispositions des articles 201 et 202 du Code civil. (Voir D. 1915, 4 136. 1917. 4. 156.)

La loi du 7 avril 1918 compléta et modifia la loi du 19 août 1915, en décidant que la procuration pourrait également être établie soit par deux sous-officiers français, soit par un sous-officier assisté de deux témoins de même nationalité ; qu'il en serait de même des actes de consentement à mariage et des déclarations d'autorisation maritale à consentir ou à passer par des militaires et marins prisonniers de guerre.

Un décret du 29 novembre 1919 a prorogé les dispositions que nous venons d'étudier, en ce qui concerne les militaires ou marins relevant des armées en opérations hors de France, jusqu'à la ratification des traités de paix, qui seront conclus avec chacune des puissances ennemies intéressées par les dites opérations (D. 1919. 4.318.)

Notons en terminant que certains ont reproché au mariage par procuration d'être limité à une catégorie trop restreinte d'individus. (Voir en ce sens Réf. sociale 1. 16 mars 1915 p. 221).

§ 2. — *La loi du 23 juillet 1916.*

Une autre modification législative nécessitée par l'état de guerre, eut pour but, de faciliter le mariage des jeunes gens de 21 à 30 ans dont les ascendants étaient dans les régions envahies.

« Sous la poussée brutale de l'ennemi, écrivait dans son rapport M. le sénateur Catalogne, combien de familles dans nos départements envahis ont été disloquées, disséminées, et peut-être pour toujours séparées ! Les vieux plus attachés au sol, et incapables de fuir, n'ont pas quitté leur foyer. Les jeunes sont partis, et réfugiés errants ont trouvé asile dans les autres régions de la France. Là sans nouvelles de leurs familles, sans pouvoir communiquer avec leur père et mère, incertains même de leur existence, des enfants réunis par la sympathie ou le malheur veulent contracter mariage, et ils sont âgés de 21 à 30 ans. Il y a impossibilité légale ; l'officier de l'état-civil devant exiger ou le consentement de leur père et mère, ou la notification qui le supplée. Il appartient au Parlement d'y pourvoir ». (Rapport du 15 avril 1916, J. off. du 10 mai 1916, annexe n° 164 p. 236).

L'art 155 dit bien, qu'en cas d'absence des père et mère, les notifi-

cations peuvent être remplacées par le jugement déclaratif d'absence; si ce jugement n'a pas encore été rendu, par un acte de notoriété délivré au lieu où les père et mère ont eu leur dernier domicile connu. Mais cet article ne pouvait être applicable quand les père et mère sont dans un lieu inconnu, sans que l'on doute de leur existence, et moins encore quand on sait, où ils sont, sans pouvoir correspondre avec eux.

La loi du 23 juillet 1916 envisage non seulement le cas de la guerre actuelle, mais toute impossibilité de procéder à la notification prescrite. Elle décide dans son article unique, que dans ces cas, une ordonnance du Président du tribunal civil de l'arrondissement dans lequel le mariage doit être célébré, rendue sur requête du Procureur de la République ou de la partie. pourra dispenser de cette notification. Le ministère de l'avoué n'est donc pas obligatoire. L'ordonnance visée pour timbre et enregistrée gratuitement, pourra être exécutoire sur minute et avant enregistrement.

Pour les mineurs de 21 ans, l'ordonnance du Président est insuffisante : elle ne peut suppléer au consentement des ascendants. On appliquera alors les art. 149 et 150 C. civil. Si l'un des parents est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit ; si tous deux sont dans cette impossibilité les aïeuls et les aïeules les remplacent ; en cas de dissentiment, le consentemeu1 de l'aïeul suffit ; lorsqu'il y a dissentiment entre les deux lignes, le partage emporte consentement. Enfin si tous se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les mineurs de 21 ans doivent pour contracter mariage, obtenir le consentement du conseil de famille. (art. 159). (voir D. 1916. 4. p. 366).

CHAPITRE II

LE DIVORCE

Section I

§ 1. — *Historique.*

Le divorce a été l'objet des discussions les plus vives, et des études les plus approfondies. Nous ne nous attarderons pas ici à retracer son histoire depuis l'antiquité, jusqu'aux temps modernes. Nous nous contenterons de rappeler que le droit romain l'autorisait d'une manière large, sans l'intervention du juge, et sans même exiger le consentement réciproque des époux ; la répudiation unilatérale était possible de la part de la femme, aussi bien que du mari.

L'Église Catholique s'appuyant sur une parole de Jésus-Christ fit admettre, dès le moyen-âge le principe de l'indissolubilité du mariage. Mais en proclamant la perpétuité du lien conjugal, elle n'avait pu faire disparaître les haines, la discorde, les instincts pervers. Les ménages malheureux continuaient à exister ; l'Église se trouva donc dans l'obligation d'accorder aux époux désunis, le remède de la séparation de corps qui maintenait intact le lien conjugal mais dispensait les époux de la cohabitation et scindait leurs patrimoines.

La Révolution française qui ne voyait plus dans le mariage qu'un contrat civil devait aboutir au divorce. La loi du 20 septembre 1792, le permit avec une trop grande facilité, l'autorisant non seulement par consentement mutuel, mais même pour simple incompatibilité d'humeur, alléguée par un des époux ; créant en outre des causes trop nombreuses et souvent fort discutables comme l'émi-

gration ou la folie. La Convention le rendit plus facile encore ; et les effets désastreux de ces lois révolutionnaires ne tardèrent pas à se faire sentir.

Le Code Civil s'efforça d'arrêter un véritable « torrent d'immoralité ». Il conserva le divorce mais en réduisit le nombre des causes déterminées ; il supprima le divorce pour incompatibilité d'humeur, sur la demande d'un des époux et rendit plus difficile le divorce par consentement mutuel. Aboli sous la Restauration par la loi du 8 mai 1816, il fut rétabli définitivement après de nombreuses tentatives infructueuses de la Chambre des députés, par une loi du 24 juillet 1884, à la suite d'une longue campagne entreprise par M. Naquet.

§ 2. *La loi de 1884.*

Après une vive résistance, le divorce figurait donc à nouveau dans notre Code, mais à la condition d'être réduit à quelques cas et d'être entouré de nombreuses garanties destinées à empêcher les abus. Aussi ce qui frappe au premier abord, dans cette législation, c'est son caractère éminemment restrictif. Le divorce n'est admis que pour des faits limitativement déterminés qui sont : l'adultère de l'un ou de l'autre des époux ; les excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre ; la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

La loi de 1884 avait voulu apporter un remède à des situations exceptionnelles et dignes d'intérêt. En effet si le principe d'indissolubilité doit être dans la pensée des époux au moment où ils contractent leur union ; si le mariage doit avoir pour but une communauté de joies et de peines, de force et de faiblesse, de devoirs réciproques, en regardant autour de nous, nous constaterons facilement qu'il y a beaucoup de ménages où la vie commune est devenue, suivant l'expression populaire un véritable enfer !

Il est évident que dans trop de foyers, les époux ont perdu le sentiment de leurs devoirs, la confiance réciproque, et la communion d'idées qui doivent exister entre eux. Lorsque l'un des époux a manqué au devoir sacré de fidélité conjugale, lorqu'il s'est rendu coupable, « d'excès, sévices, ou injures graves », lorsqu'une condamnation prononcée contre lui vient faire rejaillir la honte sur son conjoint ; lorsqu'en un mot, l'existence commune est un martyre pour un époux parfois, pour tous deux bien souvent, pourquoi exigerait-on que le mariage conservât son caractère d'indissolubilité ?

La plupart des adversaires du divorce le condamnent pour se conformer aux prescriptions de l'Église Catholique. Cependant le législateur a pensé que si la majorité de la population est catholique, la liberté de conscience serait violée en refusant le divorce à la minorité qui ne partage pas ses croyances ; cette idée est plus exacte encore depuis la séparation de l'Église et de l'État. Au contraire, a-t-on dit, la loi ne blesse pas les croyances des époux catholiques, en autorisant le divorce et en leur permettant de recourir à la séparation de corps. Notons enfin que si un seul des époux est catholique et s'il a à se plaindre de son conjoint, il pourra se contenter de la séparation ; si au contraire c'est lui qui a eu des torts, il serait bien mal placé pour se plaindre, car la religion qui lui interdit le divorce, lui interdit également l'adultère et les autres faits qui sont des causes du divorce. Du reste, si le divorce est prononcé contre lui, il pourra toujours respecter les principes de la religion catholique, et ne pas user du droit de se remarier. (Voir cette thèse soutenue par Planiol, T I p. 363).

Les partisans comme les adversaires du divorce ont fait de cette question une question politique ou religieuse, alors qu'il s'agit d'une question sociale. On a dit qu'un catholique devait être adversaire du divorce, et un libre-penseur partisan de cette institution. Cependant, il nous serait facile de citer des noms de catholiques qui ont approuvé l'esprit dans lequel la loi du divorce a été votée, et des noms de républicains qui en ont été les adversaires.

Jules Simon, au Sénat, s'était élevé contre le divorce, écartant la question religieuse et se plaçant au point de vue social. « Si vous ébranlez, disait-il, la dignité, l'indissolubilité de la famille, tous ces autres sentiments qui sont la morale entière sont ébranlés d'un même coup. L'idée seule de la possibilité du divorce est de nature à ébranler la force des serments jurés, à ne plus faire considérer l'adultère comme un crime contre la sainteté du mariage, comme un sacrilège, mais seulement comme un crime mesuré par le temps, crime avant la formalité légitime du lendemain ».

Une autre objection formulée contre le divorce est tirée de l'intérêt des enfants. Il est certain, en effet, qu'en cas de désunion de leurs parents, les enfants perdent les conseils de leur père ou les soins de leur mère ; ils assistent, impuissants à la dispersion de leur famille — et ils sont d'innocentes victimes. — Cependant leur situation n'est guère plus enviable, dans le cas de séparation de corps, que dans le cas de divorce. L'époux séparé de corps, à qui le tribunal aura confié la garde des enfants pourra-t-il supporter un perpétuel célibat, pourra-t-il résister aux tentations qui s'offri-

ront à lui, ou ne donnera-t-il pas à ses enfants le spectacle de liaisons irrégulières ?

On a dit souvent que ce qui fait le malheur des enfants ce n'est pas la rupture légale du mariage, c'est la rupture de fait, la discorde, la haine, le crime dont ils sont témoins et victimes. Leur père leur apprendra à mépriser ou à détester leur mère et réciproquement. Au contraire, dans le cas de divorce, les enfants ne seront plus élevés au milieu des injures, des querelles domestiques ; ils ne seront plus témoins d'un concubinage adultère ; le conjoint divorcé auquel ils auront été confiés pourra reconstituer une nouvelle famille ; le bonheur pourra renaître au foyer et les enfants croiront avoir été le jouet d'un mauvais rêve.

Et quand on invoquait l'intérêt social, les partisans du divorce déclaraient que la Nation n'avait rien à gagner à la conservation de ménages malheureux et mal assortis ; pouvait-on suivant l'expression de Treilhard laisser le pays s'appauvrir systématiquement chaque année, d'un grand nombre de familles, dont il aurait pu s'enrichir ? Le divorce au contraire permettrait la reconstitution de nouveaux foyers.

Quoiqu'il en soit, se plaçant sur le terrain de la nécessité sociale le législateur de 1884 a admis le divorce ; il a cependant voulu respecter la liberté de conscience, et a maintenu, pour les catholiques dont l'union est malheureuse, le droit de demander la séparation de corps, droit qui n'avait jamais été supprimé.

D'autre part notre législation se sépare nettement de la législation romaine, de la législation révolutionnaire, et de quelques-unes des législations modernes qui fondent le divorce sur la volonté même des époux ou de l'un deux, sans leur imposer l'obligation de donner des motifs de leur séparation. Elle se distingue aussi d'autres législations modernes qui envisagent le divorce, comme un moyen d'affranchir l'un des époux du lien conjugal pour des raisons qui n'impliquent nullement l'idée de faute de l'autre conjoint, par exemple la stérilité ou l'impuissance, les maladies incurables ou l'aliénation mentale ou l'état d'absence.

Nous aurons à rechercher si le divorce a conservé le caractère qu'a voulu lui donner le législateur de 1884, et nous serons amenés à conclure que la jurisprudence, la pratique et les lois postérieures l'ont considérablement modifié.

« Les Magistrats, déclarait M. de Marcère, dans son rapport du 14 mars 1882, appliqueront la loi dans l'esprit, où elle a été faite et loin de provoquer à la dissolution des mariages par des complaisances qui seraient un manquement à leurs devoirs, ils se mon-

treront ce qu'ils doivent être, les défenseurs de la société et de la famille, et ne prononceront le divorce, que dans les circonstances extrêmes, pour lesquelles le législateur aura réservé un recours..... Au reste, disait-il, la loi porte en elle-même son remède ; lorsqu'on saura qu'au lendemain du mariage, le divorce peut intervenir, qu'on est exposé à voir briser cette union, on sera plus circonspect, on réfléchira davantage ». Et avec un bel optimisme, qu'il a perdu dans la suite, il déclarait, que « grâce aux impressions que causera aux époux l'idée seule du divorce, grâce à la sévérité des magistrats, dont les sentences contiendront de même que la loi une leçon salutaire, il n'était pas à craindre que les mœurs se prêtent à la multiplicité des divorces, qui seront toujours vus avec une certaine défaveur bien propre à en éloigner les Français » (J. off. mars annexe 601 Chambre p. 808.)

Et vingt ans après ces débats, cet homme qui avait défendu la cause du divorce, rappelait du haut de la Tribune du Parlement l'esprit dans lequel la loi avait été votée : « L'application qu'on a faite depuis lors de cette loi du divorce, disait-il, les errements singuliers de la Magistrature, ont modifié profondément la pensée qui avait présidé alors à sa confection. Nous recommandions à la Magistrature de n'appliquer cette loi dont nous ne méconnaissions pas les périls que dans des cas exceptionnels, dans les cas où une nécessité inéluctable s'imposerait à l'esprit du juge, ou il apparaîtrait qu'il était devenu inévitable de séparer les époux par le divorce Prenez garde, ajoutais-je, on vous confie aujourd'hui un intérêt sacré, l'intérêt de la famille, un intérêt social de premier ordre : vous en êtes les gardiens et vous veillerez à ce que l'esprit de cette loi passe dans vos arrêts. La magistrature a méconnu la pensée de la loi du divorce. Elle en a fait un mauvais usage et préparé un état social auquel certes, nous étions loin de songer, quand nous avons donné notre adhésion à cette disposition légale. » (J. off. déb. parl Sénat 13 décembre 1904 p. 1070-1071.)

D'après la loi, en effet, (art. 229-232) les causes de divorce en France sont au nombre de quatre ou même de trois : l'adultère, les excès, sévices et injures graves, (que l'on réunit d'ordinaire ensemble) la condamnation à une peine afflictive et infamante. Cependant cette énumération n'a de limitatif que l'apparence ; en réalité les causes de divorce sont beaucoup plus nombreuses parce que la jurisprudence a fait œuvre importante et originale dans l'interprétation de l'injure grave.

D'autre part le législateur de 1884 s'était contenté de faire revivre, presque sans modifications les articles 234 à 274 du Code primitif

réglant la procédure du divorce. Il s'était bien rendu compte des inconvénients de cette procédure lente et compliquée qui avait été organisée en 1804, afin de rendre les divorces plus rares dans la pratique et plus difficiles à obtenir. Mais il avait craint en entreprenant une réforme immédiate de retarder et peut être de compromettre le vote de cette loi qui avait déjà vu échouer tant de tentatives antérieures. Longue, encombrante, pénible et coûteuse, la procédure du divorce fut simplifiée par la loi du 18 avril 1886 qui forme les art.234 à 252, les art. 253 à 274 étant abrogés définitivement.

Cependant la procédure la plus simple, sans le moindre incident comporte encore bien des actes : la présentation d'une requête, une ordonnance du Président du Tribunal, une citation en conciciliation devant ce Magistrat : en cas de non conciliation, une ordonnance autorisant le demandeur à intenter son action en divorce; puis une assignation devant le tribunal, des constitutions d'avoués, des conclusions. La plupart du temps un premier jugement autorise le demandeur à prouver les faits allégués, par la voie d'une enquête, si ceux-ci ne sont pas d'ores et déjà établis, et réserve à l'autre époux la preuve contraire.

Depuis la loi de 1886, l'enquête ne se fait plus à l'audience, devant le tribunal tout entier, mais devant un juge commissaire afin d'éviter l'encombrement et le retard que subissaient les affaires, dans beaucoup de tribunaux trop chargés. Les dépositions reçues par le juge commissaire sont lues à l'audience. Enfin le tribunal qui, avec le système nouveau n'a pas eu sous les yeux le spectacle vivant de l'enquête, prononce le divorce soit aux torts respectifs de l'un ou de l'autre époux, soit aux torts respectifs des deux, à moins que, estimant les faits allégués insuffisamment justifiés, il ne déboute l'époux de sa demande.

Tout cela nécessite encore des procès verbaux d'enquête, des significations à avoué ou à partie, la rédaction des qualités, la signification du jugement, la notification à fin de transcription à l'officier de l'état civil, même certaines insertions dans les journaux. Cette procédure occasionne bien des courses au Palais, chez l'avoué, chez l'avocat, chez l'huissier; représente beaucoup de temps perdu à attendre dans leurs cabinets ; sans oublier les frais élevés que doivent payer ceux qui n'obtiennent pas le bénéfice de l'assistance judiciaire : «Cet engrenage, écrivent MM. P. et V. Margueritte offre le spectacle d'une vieille machine rouillée et grincante, hérissée de griffes et de scie.»

§ 3. — *Etude de la Jurisprudence et de la Pratique.*

Mais derrière cette façade des principes posés par le législateur, il faut voir quel est en réalité l'état de la jurisprudence, quelle est la pratique des tribunaux. Il y a lieu de noter une absence réelle de limitation des causes de divorce, parce que aux yeux de la jurisprudence, l'injure est autre chose qu'un terme de mépris ou d'invective. L'injure c'est ce qui est fait par l'un des époux contre l'autre, en violation de leurs devoirs mutuels de respect et d'affection. Le mot « injures » ayant donc pris un sens très large, que très vraisemblablement les rédacteurs du Code n'ont pas eu l'intention de lui donner, nous pouvons dire que le divorce est possible toutes les fois que l'un des époux manque gravement à ses devoirs envers l'autre. Les juges ont un pouvoir souverain pour apprécier la faute, sauf les cas d'adultère et de condamnation criminelle, où le divorce doit-être prononcé, après vérification du fait allégué.

La loi de 1884, obéissant aux principes de la plus stricte justice, ne fait plus aucune différence entre l'adultère de la femme et celui du mari, tandis qu'auparavant l'adultère du mari ne donnait lieu au divorce, que s'il y avait eu entretien d'une concubine au domicile conjugal. Réforme plus apparente que réelle, car la jurisprudence avait, avant 1884, en matière de séparation de corps, considéré l'adultère du mari, comme une injure grave.

Les excès et sévices, sont les mauvais traitements matériels, depuis les simples coups, jusqu'à la tentative de meurtre. L'injure est au contraire toute offense verbale ou écrite ; elle ne suppose pas l'atteinte matérielle au corps ou à la santé.

Enfin la Jurisprudence reconnaît l'existence d'une faute grave suffisante, pour faire prononcer le divorce à titre d'injure, dans un grand nombre de cas, parmi lesquels nous signalons : le refus de consentir à la célébration religieuse du mariage après le mariage civil (Rouen 29 avril 1910. S. 1911. 2. 37) ; le refus du mari de laisser baptiser les enfants (Cass. D. — 1899. 1. 358) ; le refus volontaire et persistant de la part de l'un des époux de consommer le mariage (Cass. D. 1901. 1. 21 — 1908. 1. 240) ; l'abandon volontaire de l'un des époux par l'autre (D. 1860. 1. 122 — 1890. 5. 158) ; le refus persistant du mari de recevoir sa femme (D. 1872. 1. 87) ; le refus de recevoir les parent de la femme (D. 1899. 1. 358) ; la simple tentative d'adultère (D. 1895. 1. 260) ; une plainte en adultère non fondée (D. 1906. 1. 136) ; des habitudes de jeu entrainant des dettes et l'inconduite (D. 1907.1. 408) une surveillance abusive exercée

sur la correspondance de la femme (S. 1908. 1. 165), La Jurisprudence a estimé que si en principe les faits injurieux allégués doivent s'être passés depuis le mariage, du moins des faits antérieurs, tels que l'inconduite de la femme ou son état de grossesse peuvent, s'ils ont été cachés au mari constituer une injure grave (Lyon. 4 août 1891. D. 1892.2.219.); c'est moins l'acte antérieur que le silence gardé par son auteur qui constitue l'injure. (Cour de Nancy 10 janvier 1920. aff. Houot).

Toutes ces causes de divorce sont facultatives tandis que l'adultère et la condamnation criminelle sont péremptoires ; cependant, à mesure que la jurisprudence se fixe et se consolide, la reconnaissance d'une faute comme cause de divorce équivaut à son insertion dans la loi.

Enfin la honte qui rejaillit sur l'un des époux, lorsque son conjoint est condamné à une peine afflictive et infamante, lui permet de demander le divorce. Le texte antérieur portait seulement « une peine infamante. » Or la dégradation civique et le bannissement sont deux peines infamantes, prononcées uniquement pour des faits politiques, et auxquelles ne s'attache aucune idée de flétrissure. Le législateur de 1884 en mentionnant comme cause péremptoire de divorce, la condamnation à une peine afflictive et infamante, a donc écarté le bannissement et la dégradation civique, laissant subsister, à côté de la peine de mort, et des peines criminelles privatives de liberté comme les travaux forcés, les peines politiques afflictives comme la déportation et la détention. Les simples peines correctionnelles ne sont pas des causes de divorce. Cependant la jurisprudence appliquant sa notion de l'injure grave, admet le divorce, lorsque la condamnation encourue porte atteinte à l'honneur du conjoint. (D. 1890. 2. 104 — 1896. 2. 439).

Si la jurisprudence à étendu considérablement le nombre des causes de divorce, la pratique a de son côté simplifié autant que possible la procédure si longue et si coûteuse. Le législateur a donné une grande importance à la tentative de conciliation, qui a lieu devant le Président du tribunal. Les parties doivent comparaître en personne devant lui. Si l'une d'elles est dans l'impossibilité de se rendre dans son Cabinet, ce magistrat doit déterminer le lieu où sera tentée la conciliation ou donner commission pour entendre le défendeur. S'il espère pouvoir réconcilier les époux, en leur laissant le temps de la réflexion, il peut, avant de dresser un procès verbal de non-conciliation et donner le permis de citer, ajourner les parties et renouveler sa tentative dans un délai qui ne peut excéder 20 jours. (art. 238).

L'efficacité de cette formalité est bien rare. Le défendeur fait le plus souvent défaut, et lorsqu'il se présente il n'a la plupart du temps, d'autre but que celui de discuter les mesures provisoires qui seront ordonnées par le Président, relativement à la garde des enfants et à la pension de la femme. Certains prétendent, à tort ou à raison, que les Présidents n'usent pas des droits que la loi leur confère, et qu'ils n'insistent pas assez pour réconcilier les époux. On dit également que les tribunaux, sont en général favorables au divorce. Il est certain qu'avec son interprétation de l'injure grave, la jurisprudence a étendu le nombre des causes de divorce, exerçant en cette matière son pouvoir souverain d'appréciation. Les magistrats peuvent déclarer que des propos plus ou moins déplacés ne constituent pas une injure grave ; ils peuvent, au contraire, se montrer peu exigeants sur le nombre et la nature des faits invoqués. C'est cette dernière éventualité qui se produit chaque jour. Certains le regrettent ; d'autres s'en réjouissent ; tous signalent cet état d'esprit.

Pour éviter les formalités de l'enquête et de la contre enquête, on a une tendance nettement marquée, lorsque les parties ont obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire, à se contenter de simples renseignements de police. « Or, nous savons tous, écrit M. Morizot-Thibault, ancien Juge au tribunal de la Seine. (La femme et le divorce Réf. soc. 1901, t II. p. 211) — de quelle manière, ces renseignements sont obtenus. Comme je demandais un jour à un Inspecteur de la Sûreté, la façon dont on les recueillait : « Oh, Monsieur, c'est bien simple me répondit-il. Quand il y a une domestique dans la maison, on attend qu'elle aille au marché et on provoque ses confidences. Sinon, on interroge la concierge, par laquelle on contrôle toujours les propos des servantes ». Et c'est sur ces notes, conclut-il qu'on dissout les mariages ! »

Si dans certains cas, ces renseignements de police sont suffisants, lorsqu'ils mentionnent par exemple, l'inscription d'une femme sur les registres de la prostitution, parce qu'il s'agit alors d'un fait déterminé, sur lequel le Commissaire de police pourrait témoigner personnellement, il faut reconnaître, que bien souvent, ils ne présentent aucune des garanties que l'on attend des témoignages.

Lorsque l'enquête a lieu dans les formes légales, chaque partie fait entendre ses témoins devant un juge enquêteur, en présence de l'autre partie assistée de son avoué. Le témoin dépose sous la foi du serment et répond à un certain nombre de questions qui lui sont posées. Ses réponses sont parfois précisées par des interpellations de l'adversaire ; elles sont reproduites scrupuleusement par le greffier, puis au bas de sa déposition le témoin appose sa signa-

ture. D'autre part, le juge peut s'apercevoir de bien des indices dans le jeu de la physionomie, dans le ton, dans le regard, qui modifient la valeur du témoignage. Les renseignements de police sont, au contraire pris au hasard; ils ne sont pas donnés sous la foi du serment.

A Paris, et dans les grands tribunaux où le rôle est de plus en plus chargé, à mesure qu'augmente le nombre des demandes en divorce, il faut aller vite et expédier le plus d'affaires possible. Dans son article déjà cité, M. Morizot Thibault, raconte une audience de la 4e Chambre Civile du tribunal de la Seine, dont il a fait partie : « L'enquête sur la demande en divorce a été faite, et elle est rapportée à la barre. L'avocat du demandeur présente ses plaidoiries : « Inutile, maître, lui dit le Président, d'entrer dans ces longs détails. Lisez l'enquête ; votre confrère nous donnera connaissance de la contre enquête et le Tribunal statuera ». Les lectures sont faites et les juges rendent à l'instant même leur sentence. On a dit au ministère public : « Nous vous entendrions avec plaisir, mais le temps presse et ces sortes d'affaires sont toujours claires ! » Et il a gardé le silence. C'est-à-dire que si l'on avait plaidé un procès de mur mitoyen ou une affaire d'accident, les avocats auraient longuement déduit les raisons. Mais il s'agissait simplement de rompre une union, de dissoudre une famille»,

Le législateur avait peut-être espéré que le ministère public jouerait, en matière de divorce, un rôle actif, et exercerait un véritable contrôle. En fait, les occupations toujours plus absorbantes du Parquet, ne permettent ni au Procureur de la République, ni à ses substituts, d'examiner les dossiers, qu'on a cessé de leur communiquer. Le rôle du ministère public est en quelque sorte un rôle de figurant, et se borne à prononcer la parole sacramentelle : « Je m'en rapporte à justice ».

Un fait qui dénote d'une façon significative l'état d'esprit des magistrats et surtout celui des plaideurs, est la facilité avec laquelle ces derniers ont réussi à tourner la prohibition du divorce par consentement mutuel. Les époux tiennent des rôles différents, parceque notre législation les y oblige, mais le demandeur est souvent d'accord avec le défendeur pour obtenir le divorce. Bien des époux qui sont sur le point de divorcer, s'imaginent qu'il suffit de demander le divorce pour l'obtenir ; et ils sont profondément surpris, quand l'avocat ou l'avoué qu'ils vont consulter leur déclare que pour divorcer, il faut invoquer des raisons graves.

: « Je suis prête à signer le divorce, » écrivait par exemple une femme à son mari, qui sollicitait le bénéfice de l'assistance judiciaire

afin d'intenter son action. « Puisque nous sommes tous d'accord pour demander le divorce, me disait un jour un démobilisé, il me semble que cela ira vite et que les choses traîneront moins longtemps.»

Il est aisé de prévoir ce qui se passe dans ce cas. Les époux vont ensemble chez l'avoué, qui leur dicte la lettre ou les lettres à écrire ; elles contiendront des termes assez injurieux pour que le tribunal n'hésite pas à prononcer le divorce, mais soigneusement pesés toute fois pour que le moins de boue rejaillisse sur les époux. D'autres fois, le mari et la femme se mettent d'accord, l'un pour verser la provision nécessaire et payer les frais du procès ; l'autre pour supporter les torts. Afin de ne pas ressusciter les vieilles querelles et les histoires scandaleuses, on décide que la femme quittera le lendemain même, le domicile conjugal, avec ses affaires personnelles. Elle indiquera au préalable, le lieu où elle va se fixer momentanément, pour permettre au mari de lui signifier sans retard, une sommation d'avoir à réintégrer le domicile conjugal. Les termes de la réponse, qu'il y a lieu de faire à l'huissier, au moment de la signification, sont préparés d'avance. Pour plus de rapidité, la femme constitue avoué, et les conclusions déposées tendent en somme, à s'en rapporter à justice, mais ont surtout pour but d'obtenir un jugement contradictoire. Le Tribunal prononce alors de plano le divorce. On évite ainsi les lenteurs et les frais d'une enquête ; on divorce sans trop de bruit et surtout, sans trop de honte.

A côté des divorces voulus par les deux époux, que de divorces par la volonté..... d'un seul ! Et dans le rapport précédemment cité, M. Morizot Thibault indique qu'il n'appartiendra jamais à la statistique de dire, dans combien de cas, la volonté des femmes n'a pas été libre. Des malheureuses venaient lui dire : « Je demande le divorce Monsieur, mais je n'en voulais pas ; je sais bien ce qui m'attend lorsque le salaire marital ne tombera plus dans le ménage. Mais mon mari ne veut plus de moi, et comme il ne peut réclamer le divorce, il me bat pour que je le demande. J'ai des enfants Monsieur, et je ne veux pas qu'on me tue ! » Dans tous ces cas les magistrats sont désarmés !

Ils se rendent aisément compte de la comédie, souvent fort habilement jouée, mais dont parfois les ficelles sont par trop grossières. N'avons-nous pas entendu un jour, un Président de tribunal, faire remarquer à ses assesseurs que les lettres lues par les avocats, qui constituaient une correspondance particulièrement injurieuse n'étaient même pas pliées ! Ne parlons que pour mémoire des scènes de violences absolument feintes, des adultères simulés moins faciles et plus scandaleux, qu'une correspondance créée de toutes pièces.

L'imagination des plaideurs et de leurs conseils est particulièrement fertile ; et c'est un jeu d'enfant que de passer à travers les textes de la loi ! Aussi, beaucoup d'auteurs s'empressent-ils de conclure que le divorce par consentement mutuel est entré dans la pratique, et que la loi étant impuissante devant les mœurs, il vaut mieux accepter ce qu'on ne peut empêcher et consacrer législativement cette cause de divorce. (Voir M. Valensi op. cit. — p. 113 et suiv.)

Nous réservons pour l'instant l'examen de cette question, que nous étudierons dans son ensemble, avec les projets de réforme du divorce. Recherchant dans ce chapitre quels sont en l'état actuel des textes, les résultats de la pratique, nous constatons que l'état d'esprit des plaideurs et des magistrats a contribué à fausser la loi de 1884. Nons pouvons répéter ici la phrase célèbre : « Quid leges, sine moribus ! » Les lois ne peuvent rien sans les mœurs !

Le nombre des divorces augmente sans cesse ; la magistrature dont le personnel vient d'être restreint par une loi récente, tient à expédier rapidement les affaires pour éviter l'encombrement du rôle; aussi pourrait-on dire de bien des tribunaux ce qu'on disait autrefois de la 4e Chambre du tribunal de la Seine : « C'est un distributeur automatique, dans lequel on met un placet pour en faire sortir un divorce. » (J. off. du 14 décembre Sénat 1904 p. 1069).

En matière de divorce le défendeur fait souvent défaut ; le nombre des jugements qui ne sont pas rendus contradictoirement est fort élevé. Si bien souvent le défendeur n'est pas touché par l'assignation parceque ayant quitté le domicile conjugal, il est sans résidence connue, d'autres fois n'ayant rien à opposer à la demande, ni aucun grief à faire valoir de son côté contre son conjoint, il néglige de constituer avoué, très fréquemment le défaut est concerté d'avance pour éviter une instance pénible et coûteuse.

D an les procès ordinaires, autres que ceux intéressant les actions d'état, lorsque le défendeur fait défaut, l'usage est d'adjuger au demandeur le bénéfice de ses conclusions. Dans les affaires de divorce, à moins que le motif invoqué ne soit l'adultère nettement établi ou la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, c'est-à-dire les deux causes péremptoires de divorce, il est de pratique constante dans tous les tribunaux, d'ordonner une enquête ou de faire prendre des renseignements de police. Et cependant, a t-on dit parfois, si l'époux défendeur ne comparaît pas, c'est qu'il n'a rien à opposer aux griefs allégués contre lui; ne venant pas se défendre, il fait implicitement l'aveu de ses fautes, et il est parfaitement inutile de prendre à sa défense plus de soin qu'il n'en prend lui-même. Mais soutenir un pareil système, c'est méconnaître quel

intérêt présente pour la Société le maintien ou la dissolution d'une union ; c'est oublier qu'il y a en jeu dans un procès de divorce, d'autres intérêts aussi respectables que ceux des époux !

Il est superflu d'indiquer que les magistrats ne font presque jamais application de l'art. 246 du Code Civil qui permet au dernier moment de la procédure, quand l'enquête est faite et quand les débats sont terminés, d'ajourner le prononcé du jugement pendant un délai qui sous l'empire de la loi de 1884 ne pouvait excéder un an, et qui depuis 1886 a été réduit à six mois. C'est encore une tentative de conciliation à laquelle le tribunal pourrait recourir, sauf lorsque le divorce est demandé pour condamnation à une peine afflictive et infamante ; dans ce cas, le législateur a estimé qu'aucun rapprochement des époux n'était plus possible. Mais le délai écoulé, si le demandeur persiste dans ses conclusions, le tribunal ne peut plus user d'atermoiement.

Le divorce étant comme le mariage un acte de l'état-civil, il ne résulte pas de plein droit du jugement ou de l'arrêt qui le prononce. Le Code de 1804 et la loi de 1884 chargeaient l'officier de l'état-civil de prononcer le divorce, dans les mêmes formes que le mariage. Il exigeait la comparution personnelle des deux époux et la présence de quatre témoins. Pour éviter les scènes le plus souvent scandaleuses, qui se produisaient à cette occasion, la loi de 1886 a substitué à la prononciation solennelle du divorce par l'officier de l'état civil, la simple transcription du jugement ou de l'arrêt sur les registres. Cette formalité qui peut s'accomplir, sans la présence des deux époux, mais qui seule rompt le lien conjugal, doit être requise dans un délai de deux mois, à compter du jour où la sentence rendue entre eux est devenue définitive (art.252 al.1).Le point de départ du délai de deux mois est le dernier jour pour faire appel s'il s'agit d'un jugement ; pour se pourvoir en Cassation, s'il s'agit d'un arrêt ; et si un pourvoi a été formé, du jour où il a été rejeté. Si la transcription n'est pas requise dans ce délai de 2 mois, le jugement ou l'arrêt ayant prononcé le divorce sera considéré comme non avenu. Le motif de cette disposition est suivant les uns, la nécessité de ne pas laisser trop longtemps l'état des personnes dans l'incertitude, suivant d'autres un moyen donné aux époux de renoncer au divorce, a la dernière minute, et sur une présomption de réconciliation.

Toujours est-il que la pratique a atténué, cette formalité de la transcription, comme elle a atténué toutes les formalités accumulées à dessein par le législateur. La jurisprudence a décidé que la transcription serait possible, même après le délai de deux mois, toutes les fois que l'empêchement à l'accomplissement de cette formalité,

provient d'un cas de force majeure (Paris 30 mai 1888. D 1890, 2.17. Amiens 15 février 1905.D. 1908, 2.186) ; de la négligence de l'officier de l'état civil ou de son refus. (Cass. 10 janv. 1912. D 1912, 1. 257).

§ 4. — *Les modifications législatives postérieures à 1884*

La Jurisprudence ayant, avec son interprétation large, forcé les cadres de la loi de 1884, et ayant répondu aux aspirations de la majorité des citoyens, l'œuvre législative a été peu féconde, en matière de divorce. A côté de la loi de 1886 qui a simplifié la procédure, rappelons la loi du 15 décembre 1904 qui a permis à l'époux coupable d'adultère d'épouser son complice (abrogation de l'art. 298) ; les lois du 13 juillet 1907 et du 9 août 1919 qui ont modifié le point de départ du délai de 10 mois imposé à la femme divorcée, avant qu'elle puisse contracter un nouveau mariage ; enfin la loi du 5 avril 1919, qui a abrogé l'alinéa 3 de l'art. 295.

Une autre modification apportée à la matière du divorce, au cours de la guerre, quoique motivée par les circonstances spéciales qui en sont nées, n'a pas un caractère transitoire ; et son intérêt subsiste après la paix. La loi du 26 juin 1919 a modifié les art. 244 à 252 relatifs à la transcription des jugements et arrêts de divorce.

Aux termes de la loi de 1886, le divorce devait être signifié à l'officier de l'état civil, dans le délai de deux mois, à partir du jour où il était devenu définitif ; ce dernier devait procéder à la transcription le 5e jour de la signification. Le divorce ne valait donc que par la transcription. Cependant, en cas de mort de l'un des époux, avant la transcription, et à plus forte raison, avant la signification, la transcription était impossible, et le divorce était nul et non avenu. L'époux contre lequel le divorce avait été prononcé, en cas de survie, échappait à l'art. 299 du Code Civil et conservait les libéralités faites par son conjoint.

La guerre avait multiplié ces inconvénients. La mort du mari devant l'ennemi avait empêché la transcription. Sa mobilisation lui avait souvent interdit de penser à la signification. La loi de 1886 avait donné le droit de demander la transcription, non seulement à l'époux qui avait obtenu le divorce, mais même à celui contre lequel le divorce avait été prononcé. Cependant ce droit ne lui appartenait que le second mois ; pendant le 1er mois, l'époux innocent pouvait seul requérir la transcription. Le législateur n'avait pas voulu faire dépendre le divorce de l'époux qui l'avait obtenu et lui permettre d'exercer ainsi un chantage à l'égard de son conjoint.

Mais du moment que chaque époux a le droit de demander la

transcription, pourquoi conserver à cette formalité le caractère de rupture du lien conjugal? Puisque pour empêcher le divorce, il fallait le consentement très rare des deux époux, autant valait décider que la volonté d'aucun d'eux n'était plus nécessaire pour opérer le divorce ; et que si par hasard, ils entendaient y renoncer, lorsque le jugement était définitif ils devraient faire procéder à la célébration d'un nouveau mariage, comme ils auraient dû le faire, quelques semaines après, la transcription effectuée.

La loi nouvelle change donc le caractère de la transcription ; ce n'est plus désormais qu'une formalité extérieure, destinée à faire connaître le divorce aux tiers. Le divorce produit ses effets du jour où le jugement ou l'arrêt sont devenus définitifs.

L'art. 1er modifiant le paragraphe 3 de l'art. 244 décide que désormais l'action en divorce s'éteint non par le décès de l'un des époux, survenu avant la transcription du jugement sur les registres de l'état civil, mais par le décès survenu avant que le jugement ou l'arrêt de divorce soit devenu définitif. Ce qui veut dire que le décès survenu ensuite n'empêche pas le divorce qui est résulté du jugement ou de l'arrêt définitif.

Aux termes du nouvel article 252, la transcription est faite, au nom de la partie qui a obtenu le divorce, et à la diligence de son avoué, sous peine d'une amende de 100 francs à la charge de ce dernier. La décision est signifiée, non plus dans le délai de deux mois, mais dans le délai de quinze jours, à compter de la date où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil pour être transcrite sur les registres. La transcription est faite, par les soins de l'officier de l'état civil, dans un délai de cinq jours, à compter de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'art. 50. C. civ. A défaut par l'avoué de la partie qui a obtenu le divorce, de faire la signification, dans le délai de quinze jours, l'autre partie a le droit de faire cette signification et de requérir la transcription.

Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remonte quant à ses effets, entre époux, en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande; mais il ne produit effet, au regard des tiers que du jour de la transcription. En effet cette formalité est toujours le seul moyen destiné à faire connaître aux tiers, les changements survenus dans l'état des personnes.

§ 5. *La Séparation de Corps.*

La séparation de corps qui est l'état de deux époux dispensés par la justice de l'obligation de vivre ensemble, qui ne rompt pas

le lien conjugal, mais le relâche seulement, est prononcé pour les causes qui rendent le divorce possible. Le législateur de 1886, dans le but louable, de résister au divorce, a modifié l'art. 239 al. 2 et a décidé que le demandeur peut, en tout état de cause transformer sa demande en divorce, en demande en séparation de corps. Il résulte implicitement des termes de cet article que celui qui a conclu à une demande en séparation ne pourrait, en cours de procédure, la transformer en demande en divorce. Il ne peut le faire qu'à condition de tout recommencer.

La séparation de corps a été considérée par le législateur, comme une situation bien cruelle, laissant subsister le lien conjugal et supprimant la vie de famille. M. de Marcère, rapporteur de la loi de 1884, disait : « Ce qu'est la séparation de corps pour les époux, le voici : c'est le dérèglement de la vie, ou le célibat forcé, c'est-à-dire un état contraire soit aux lois sociales, soit à la nature humaine ».

Aussi le Code de 1804 avait-il accordé à l'époux contre lequel la séparation avait été prononcée, la faculté de demander la conversion de la séparation de corps en divorce quand trois années s'étaient écoulées. « L'époux coupable seul, écrit M. Planiol (T. I p. 418) pouvait adresser à l'autre une mise en demeure et lui dire : « Voilà trois ans que vous m'avez fait condamner à me séparer de vous ; trois années d'expiation. Avez-vous oublié, pardonné ? Alors réconcilions-nous ; reprenez moi ; sinon rendez-moi ma liberté entière ; divorçons », La conversion de la séparation en divorce était obligatoire pour le tribunal.

En 1884, ce système qui mettait l'époux innocent à la merci de l'époux coupable fut abandonné ; le droit de demander la conversion fut accordée aux deux conjoints ; mais le tribunal pouvait la refuser ; il avait sur ce point, une liberté d'appréciation complète. En fait 1/10 des demandes seulement n'étaient pas accueillies. La loi du 6 juin 1908 a rendu la conversion obligatoire pour les juges (nouvel art. 310) dès qu'elle est demandée par un des époux.

APPENDICE

La loi du 30 mars 1916.

La loi du 30 mars 1916 dont l'application fut limitée à la durée des hostilités, a eu pour but de remédier à la situation particulière dans laquelle se trouvaient les mobilisés qui voulaient intenter une action en divorce ou en séparation de corps. En effet, aux termes de l'art. 234 C. civ., l'époux demandeur en divorce doit présenter en personne sa requête au Président du tribunal ; et l'art. 238 applicable aux instances en séparation de corps ou en divorce, ordonne la comparution personnelle des époux, lors de la tentative de conciliation. Il y avait là une véritable impossibilité pour les époux mobilisés qui pouvaient avoir intérêt à agir d'urgence, dans le but de sauvegarder leurs intérêts matériels, où de préserver leurs enfants de promiscuités dangereuses.

D'autre part, l'art. 4 de la loi du 5 août 1914 suspendait l'exercice de toute action judiciaire contre les mobilisés ; or, cette disposition édictée en leur faveur se retournait parfois contre eux. Si, par exemple, un époux mobilisé avait obtenu du tribunal, un jugement prononçant le divorce ou la séparation de corps à son profit, il ne pouvait rendre ce jugement définitf. La femme était dans l'impossibilité de signifier à son mari, un acte d'appel. La décision des premiers juges ne pouvait ainsi acquérir l'autorité de la chose jugée. La Cour de Cassation avait, il est vrai, décidé que l'exception tirée de la mobilisation n'était pas d'ordre public, mais ce n'étaient que des décisions de jurisprudence. (Civ. 18 mai 1915, Req. 17 novembre 1915, Req. 22 décembre 1915, D. 1916, 1. 15 et 42.)

Pour remédier à ces inconvénients, le Gouvernement présenta un texte qui devint la loi du 30 mars 1916. Cette loi permit à l'époux mobilisé de se faire représenter par un avoué, pour la présentation de sa requête en divorce et la comparution en conciliation, dans les instances en divorce ou en séparation de corps (art. 1er). Ayant usé de cette autorisation, il ne pouvait plus opposer à l'encontre d'une demande formée par sa femme, aucune fin de

non recevoir, tirée de l'impossibilité où il se trouverait de comparaître en personne. Cette loi prescrivait à l'avoué de transmettre à l'époux mobilisé les observations faites par le magistrat, lors de la tentative de conciliation. Elle permettait également à ce magistrat d'ajourner l'autorisation de citer, jusqu'à la réponse de l'époux (art. 2). L'époux mobilisé demandeur en divorce ou en séparation de corps pouvait, dans l'exploit introductif d'instance, renoncer à l'exception de mobilisation, et faire élection de domicile en l'étude de son avoué, pour tous actes de procédure, significations, appels et recours en Cassation.

« On ne saurait perdre de vue, écrivait le Ministre de la Justice, que les intérêts moraux et matériels les plus graves sont liés à la solution rapide des instances en divorce ou en séparation de corps. Il suffit d'observer à cet égard que le décès d'un mobilisé survenant, au cours d'une procédure de divorce, peut avoir pour conséquence de permettre à une épouse indigne de conserver, avec le nom de son mari la garde et l'éducation des enfants communs, ainsi que les avantages résultant des conventions matrimoniales et le droit à la pension ». (Circulaire du Garde des Sceaux du 8 avril 1916).

Cette loi a eu une grande portée d'application, en raison du nombre des divorces intentés par les mobilisés, au cours de ces dernières années.

Section II

Les projets d'extension des causes de divorce.

Tel est l'état actuel de la législation et de la jurisprudence; mais depuis plusieurs années, nous assistons à une campagne vigoureuse en faveur d'une très large extension des causes de divorce. La presse, la littérature, le théâtre y ont pris part ; de nombreuses propositions de lois ont été déjà présentées aux Chambres, mais jusqu'alors aucune d'elle n'a abouti. Certaines tendent à l'adjonction de causes déterminées de divorce à celles déjà admises par la loi ; d'autres ont pour but le rétablissement du divorce par le consentement mutuel ; d'autres enfin vont jusqu'à demander le divorce par la volonté d'un seul, c'est-à-dire la répudiation.

§ 1 . *La folie.*

Un certain nombre d'auteurs ont demandé que la folie soit considérée comme une cause de divorce. On sait que la loi de 1792 l'avait admis ; que cette cause ne fut pas rétablie en 1804, ni en 1884 etcependant il faut remarquer que quelques législations étrangères, notamment la loi suisse du 24 décembre 1874 art. 46, et le Code allemand (art 1569) ont considéré que la folie reconnue incurable était un cas de divorce. Cette différence provient de deux conceptions du divorce ; le législateur français y a vu la sanction des devoirs imposés par le mariage ; d'autres législations y ont vu un moyen d'affranchir l'un des époux du lien conjugal dés que le but du mariage ne peut plus être atteint, sans faire nullement intervenir l'idée de faute.

En général, la suppression de la folie comme cause de divorce a été assez bien accueillie en France. Quand l'un des époux est devenu fou, certes c'est un grand malheur, mais le devoir de l'autre conjoint est de le soigner. Introduire la folie parmi les causes de divorce, ce serait au surplus, ouvrir la porte à d'autres maladies aussi terribles telles que l'épilepsie, la paralysie, à toutes les maladies incurables et repoussantes. On soutient cependant que le dément, insensible à tout ce qui l'entoure supportera beaucoup plus facilement cette rupture que l'époux atteint d'une maladie incurable qui se verra abandonné de son conjoint, avec lequel il espérait partager les peines comme les joies de la vie.

Tout en rendant hommage à ceux qui sacrifient leur liberté et leur vie, pour donner leurs soins à l'époux qui a perdu définitivement la santé, qui consentent à rester enchaînés jusqu'à la mort à celui sur lequel la porte de l'asile s'est refermée, on demande qu'ils puissent rompre le lien qui les enchaîne, le jour où ils voudront véritablement vivre. Le divorce, il est vrai, ne serait permis dans ce cas qu'après un long délai, lorsque les docteurs auraient conclu à une folie incurable.

§ 2. *L'absence.*

En 1792, l'absence ayant duré 5 ans, était considérée, comme cause de divorce. En 1884. M. Naquet défendit le texte voté par la Chambre apportant à l'art 232, une addition : « L'absence déclarée sera pour l'autre époux, une cause de divorce, » La Commission du Sénat proposa de prolonger le délai de 5 années et de faire de l'absence une cause facultative de divorce. Le délai aurait été porté à 10 ou même à 16 ans ; et les tribunaux auraient apprécié s'il y avait lieu de prononcer le divorce. L'innovation fut repoussée.

Depuis cette époque, les frères Margueritte, M. Naquet, le Président Magnaud, ont demandé le rétablissement de cette cause de divorce, après un délai de deux ans sans nouvelles. M. Violette en 1907, étendait le délai à 3 ans, si l'absence n'était pas motivée par un cas de force majeure.

A notre avis, ce serait fausser le caractère juridique de l'absence que d'en faire une cause de divorce. En effet, si on a des motifs sérieux de croire que la disparition est volontaire, les tribunaux y verront un abandon, c'est-à-dire une injure grave et prononceront le divorce. Au cas contraire, le mariage ne peut prendre fin que par la mort. Ne serait-ce pas une anomalie choquante que de voir l'absent retrouver ses biens, dont la loi a si scrupuleusement organisé l'administration et ne plus retrouver son conjoint.

On nous dit, il est vrai, que le conjoint de l'absent sera bien souvent dans l'impossibilité d'établir que l'abandon est volontaire, et que par conséquent il y a là un cas de divorce. On allègue que presque toujours l'absent qui n'aura pas trouvé le moyen de donner de ses nouvelles pendant de longues années sera mort ou sera coupable de faute grave à l'égard de son conjoint ; car si jadis les communications étaient rares et difficiles, il n'en est plus de même au jourd'hui avec les chemins de fer, les Compagnies de navigation, la poste, le télégraphe, le téléphone. On ne peut donc plus être pen-

dant plusieurs années dans l'impossibilité absolue de donner de ses nouvelles ; aussi un délai de dix ans serait, semble-t-il largement suffisant pour sauvegarder les droits du conjoint absent ; après quoi on permettrait à l'autre époux de se remarier. Au surplus cette cause de divorce pourrait être facultative, et les juges considèreraient les circonstances qui ont entouré la disparition de l'absent, par exemple la nature du voyage entrepris avant d'admettre ou de rejeter la demande formée.

En ce qui nous concerne, nous estimons que pour remédier à ces situations particulièrement pénibles et dignes d'intérêt c'est vers une modification législative relativement à la preuve du décès qu'il faut s'orienter, Nous avons eu précédemment l'occasion de montrer les améliorations notables apportées par la loi du 8 juin 1893 qui a institué les jugements déclaratifs de décès. C'est dans ce sens que la loi du 25 juin 1919 concernant les militaires marins et civils disparus pendant la durée des hostilités, a résolu la question angoissante que se posaient tant de femmes françaises !

§ 3 — *Le divorce par consentement mutuel*

Le divorce par consentement mutuel, c'est-à-dire celui qui s'opère par un accord de volontés des époux existait chez les Romains, et existe encore dans quelques législations modernes. Il avait été admis en France en 1792 ; on l'avait entouré de quelques formalités destinées à empêcher une rupture trop facile du mariage ; des délais successifs étaient imposés aux époux, qui devaient comparaître devant une assemblée composée de six parents ou amis.

Sous l'influence de Bonaparte, il prit place dans le Code Civil de 1804, malgré l'hostilité du Conseil d'Etat et de l'opinion publique. Il ne ressemblait nullement cependant, au divortium bona gratia du droit Romain. Il était entouré de formalités compliquées, et était par suite long et onéreux. Il fallait persévérer dans la volonté de divorcer pendant un an, obtenir le consentement d'une sorte de tribunal de famille. Le divorce prononcé faisait passer de plein droit aux enfants, en nue propriété, la moitié de la fortune de chaque conjoint, et il n'était possible de se remarier qu'au bout de 3 ans. Ajoutons que le divorce supposait malgré tout l'intervention du tribunal, bien qu'il n'y eut ni litige, ni fait à établir. Dans ces conditions le divorce par consentement mutuel était rendu particulièrement difficile, aussi fut-il très rarement appliqué. On ne signale nullement au cours de cette époque (1804 — 1816) les abus que l'on déplorait sous l'empire de la législation de 1792.

La loi de 1884 qui a rétabli le divorce en France, n'a pas maintenu le divorce par consentement mutuel, mais la pratique s'en est, tellement rapproché que l'on a demandé bien des fois de le faire figurer à nouveau dans notre Code.

M. Henri Coulon, dans son célèbre ouvrage « Le divorce par consentement mutuel, Sa nécessité, Sa moralité » proposait un texte de loi, qui se rapprochait beaucoup du Code de 1804, mais il repoussait énergiquement le divorce par la volonté d'un seul. Il estimait que le divorce par consentement mutuel, n'ayant pu être empêché, il valait mieux le reconnaître, que de se donner la vaine satisfaction de le proscrire en apparence.

C'est également l'opinion qu'exprimait, M. Raymond Poincaré ancien Président de la République, actuellement Sénateur de la Meuse, lorsqu'il était député (P et V Margueritte quelques idées p. 157) : « J'accepterais pour ma part, disait-il, sans enthousiasme, mais sans effroi, que le divorce par consentement mutuel passât dans notre législation. Il s'est en fait, malgré la loi, glissé dans les usages. Lorsque deux époux sont d'accord pour divorcer, ils n'ont jamais grand peine à concerter la comédie nécessaire pour marquer leur entente et aboutir rapidement au résultat désiré. Il serait peut-être plus simple et plus loyal d'autoriser les tribunaux à prononcer le divorce, lorsque seraient suffisamment établies la liberté et la persistance du double consentement. Mais j'avoue, ajoutait-il, ne pas comprendre le divorce, par la volonté d'un seul. Les auteurs du projet ont été cruellement impressionnés par l'exemple de certains ménages dépareillés où le caprice, l'obstination, le calcul intéressé d'un époux enchaînent l'autre impitoyablement. Mais de ces cas exceptionnels, ils s'élèvent, suivant moi, à une généralisation très périlleuse. Combien de fois ne sera-ce pas, au contraire l'époux responsable de la discorde intestine qui voudra s'échapper ? S'il suffit de dire : « Je m'en vais » pour avoir le droit de sortir, je n'aperçois guère ce que deviendra le mariage. ... Il perdra toute sa valeur sociale et sa dignité ».

Et M. Barthou (même ouvrage p. 170) rappelant les fâcheux abus auquels à Athènes, à Rome, à Paris enfin après 1792, le divorce par la volonté d'un seul donna lieu se prononçait formellement contre son introduction nouvelle dans notre Code : « Le mariage, disait-il cesse d'être un contrat individuel ; il intéresse la société tout entière. Qu'on l'envisage au point de vue des époux eux mêmes, au point de vue des enfants ou au point de vue social, le mariage ne peut être une combinaison éphémère, révocable par la volonté d'un seul des époux. Il est de son essence même et par le but auquel il

tend un contrat perpétuel dont la durée doit égaler la durée même de la vie de ceux qui ont associé leurs existences. Si la loi en permet à titre exceptionnel la rupture, cette exception ne peut naitre que de causes déterminées et non du seul caprice individuel. Comme le disait le député Regnault, devant le Conseil des Cinq cents : « Il n'y a rien de plus immoral que de permettre à l'homme de changer de femme comme d'habit, et à la femme de changer de mari, comme de chapeau. N'est-ce pas porter atteinte à la dignité du mariage ? n'est-ce pas en faire le jouet du caprice et de la légéreté et le changer en concubinage successif ? ».

L'opinion est nettement hostile au rétablissement du divorce par la volonté d'un seul, mais elle accepterait sans répugnance le divorce par consentement mutuel, qui existe en fait dans la pratique. Ceux qui le préconisent font remarquer que l'adultère salit non seulement l'honneur du coupable, mais encore celui de l'époux innocent, des enfants et de la famille toute entière. Il ne faut donc pas obliger les époux qui veulent divorcer à divulguer les motifs qui les poussent à recourir à ce moyen extrême. Cet argument pourrait se résumer dans ce proverbe populaire « Il faut laver son linge sale en famille ».

D'autre part, nous disent les partisans du divorce par consentement mutuel, il peut arriver qu'il existe entre les époux une telle aversion que les contraindre à vivre ensemble serait aller contre tout sentiment d'humanité ; cependant ni le mari, ni la femme n'ont commis un acte susceptible d'être considéré comme une injure grave. Ils ne pourront dans ce cas obtenir le divorce qu'en jouant une véritable comédie. (Par exemple un adultère simulé, ou l'abandon concerté du domicile conjugal) comédie dont les juges ne seront point dupes, mais devant laquelle ils devront s'incliner.

Enfin nous dit-on, en raison de la latitude que possèdent les magistrats, dans l'appréciation de l'injure grave, tous les procès peuvent être pariés à pile ou face. « La jurisprudence contient sur les mêmes cas des jugements et des arrêts qui ici disent blanc, là disent noir, qui affirment à Bordeaux ce qu'ils nient à Marseille, mais qui n'en sont pas moins définitifs et par conséquent infaillibles. » (P. et V. Margueritte. Les deux vies p. 55).

Il y a dans ces critiques une part de vérité. Cependant nous avons montré comment la pratique permettait aux époux de divorcer sans trop de honte, et de scandale. Il est certain d'autre part que la jurisprudence, après quelques hésitations et quelques revirements, tend de plus en plus à s'uniformiser dans l'interprétation de l'injure grave. Et M. Planiol a pu écrire (Traité T. I p. 372 note 1) que la différence

qui sépare les causes péremptoires de divorce des causes facultatives tend à s'atténuer, parce que à mesure que la jurisprudence se consolide, la reconnaissance d'une faute particulière comme cause de divorce remplace son insertion dans la loi.

La question du rétablissement du divorce par consentement mutuel fait renaître l'antique querelle de l'influence des lois sur les mœurs, et des mœurs sur les lois. — Qu'il soit ou non rétabli dans notre code, disent les uns, il n'y aura pas un divorce de plus ou de moins, mais on aura substitué une procédure franche à une procédure louche. D'autres au contraire, expriment l'opinion que nous partageons pleinement, qu'il est inadmissible de dénuer toute influence de la loi sur les esprits, quand on reconnait par ailleurs les effets de l'instruction, des conférences, et le rôle de la presse.

Il est vrai que les partisans du divorce par consentement mutuel nous le promettent « entouré de toutes les garanties légales qu'un acte semblable impose » (H. Coulon op. cit.) Il nous est impossible d'examiner ici celles qui figurent dans son projet, auquel il nous suffira de renvoyer.

En 1902 le président Magnaud adressait à la Chambre une pétition ayant pour but d'introduire dans la législation outre une extension des causes déterminées de divorce, le divorce par consentement mutuel, et en plus le divorce par la volonté persistance d'un seul des époux.

Ce président qui rendit célèbre le siège de Château-Thierry, et qui fut plus tard député, tint pour votée cette réforme attendue. C'est ainsi que dans un de ses jugements qui ont fait sa notoriété, on peut lire les motifs suivants : « Attendu que si le divorce par consentement mutuel n'est pas encore inscrit dans la loi, le tribunal pour bien apprécier la situation respective des époux ne doit pas moins tenir le plus grand compte de cette volonté, deux êtres ne pouvant être enchaînés l'un à l'autre à perpétuité » (Château-Thierry 12 décembre 1901).

« Attendu, dit-il, dans un autre jugement que les torts des deux époux sont réciproques, et qu'un égal désir de ne plus vivre ensemble les anime l'un et l'autre. Que si cette manifestation catégorique de leur volonté, dans l'état de la législation actuelle n'est pas suffisante pour amener leur désunion conjugale, il n'en est pas moins certain, que le juge doit tenir le plus grand compte de ce consentement mutuel, en l'associant aux griefs établis à l'encontre de chacune des parties par les faits et documents de la cause, afin de leur donner plus de poids et de force déterminante » (Ch. Thierry 4 fév. 1903. Gazette des tribunaux 28 fév. 1903).

MM. P. et V. Margueritte donnaient à leur tour plus d'extension encore à ces projets. Le 1er décembre 1900, dans une lettre ouverte adressée aux sénateurs et députés, (quelques idées p. 29) ils posaient le principe « que le mariage librement consenti doit pouvoir être librement dénoué, dans une société où les contrats personnels sont abolis, où le temps des serfs n'est plus qu'un souvenir ; où l'on ne peut même pas prononcer au couvent des vœux éternels ».

Ils ajoutaient que le divorce est un remède souvent plus mauvais que le mal, parceque « cette amputation malheureusement nécessaire s'opère au milieu du scandale des salons, de la rue, du palais, parcequ'elle est livrée à l'astuce des avoués, à l'habileté des avocats, à l'arbitraire des juges » « Notre divorce est sale, concluaient-ils. On entre dans le mariage sous une guirlande de fleurs ; on en sort, quand on en sort, par une bouche d'égout. Seuls divorcent à peu près proprement ceux qui se mettent d'accord et trompent la loi ».

Aussi, demandaient-ils le rétablissement du divorce par consentement mutuel « que les législateurs de 1792, dans leur sage, dans leur humaine pitié, dans leur respect de la volonté individuelle avaient admis. Et comme M. Henri Coulon, MM. P. et V. Margueritte proposaient des garanties spéciales, des délais suspensifs, des manifestations réitérées de volonté, et des mesures de protection pour les enfants.

Ils allaient plus loin encore, et au nom de l'équité et de la logique, demandaient le divorce par la volonté d'un seul, c'est-à-dire la répudiation antique. Ils se basaient sur cette observation, plus ou moins exacte, que dans un ménage en désunion, c'est généralement celui ou celle qui a violé le contrat, qui se cramponne au mariage, pour en garder les bénéfices frauduleux.

« Au point de vue du grand principe qui anime nos institutions de cette Liberté qui est l'honneur de l'individu et le patrimoine de la Société, écrivaient-ils en terminant, ce sera la seule solution complète et franche. Vous éviterez bien des souffrances, des erreurs, des hontes inutiles. Au scandale, à l'arbitraire, vous aurez substitué le libre, le conscient exercice de la volonté. Pourquoi le mariage, contrat civil le plus élevé, le plus noble de tous, se verrait-il refuser au jour cruel de la faillite, une liquidation silencieuse et digne ? »

Réfutant l'argument de ceux qui prétendent qu'avec le divorce par la volonté persistante d'un seul, la femme serait le plus souvent sacrifiée, MM. P. et V. Margueritte invoquaient le vœu formulé en 1900 par le Congrès International de la condition et des droits des femmes : « que le divorce demandé par un seul soit autorisé au bout

de trois ans, quand la volonté de divorcer aura été exprimée trois fois à une année d'intervalle.

(V. la proposition de loi déposée par M. Rivet, député de l'Isère en 1902 — Quelques idées p. 89.)

En 1903, M. Naquet vint appuyer la thèse des frères Margueritte ; d'ailleurs il ne faisait que reprendre les idées qu'il avait déjà soutenues, que continuer le plan d'attaque entrepris dès 1869 contre les bases de la Société : la Religion, la Propriété, la Famille. Dans la Cité future qu'il concevait alors, la propriété aurait disparu ; l'union libre aurait remplacé le mariage, et les enfants auraient été enlevés à l'influence pernicieuse de la famille qui pétrit de tradition les jeunes cerveaux, écartant de leur esprit, l'idée de progrès.

Cependant, à cette époque, il ne désirait pas voir appliquer tout de suite ses idées, et il s'empressait d'ajouter que « s'il ne dépendait que de lui d'en ordonner l'application immédiate, il laisserait sa main se dessécher plutôt que de signer un tel décret. (Loi du divorce. Prél. p. V). En effet, dans la crainte de ne rien obtenir du tout, il préférait voir entrer dans notre Code un divorce restreint espérant aboutir à un divorce plus étendu, lorsque les esprits seraient accoutumés à cette idée.

Nous, ne pouvons pas examiner ici les diverses propositions de lois, déposées au cours de ces dernières années, notamment par MM. Rivet, Colin, Martin, relativement à l'extension du divorce. Les idées des auteurs dont nous venons de parler, les propositions de lois déposées n'ont pas toutes la même ampleur, et cependant suivant l'expression pittoresque de P. et V. Margueritte. (Quelques idées p. 14). « Chaque lever de soleil fait monter le blé en tiges, laisse discerner les épis et prévoir la moisson ».

Mais la moisson qu'ils nous annoncent comme devant être magnifique, sous un beau soleil de justice et d'humanité, consacrerait au contraire la destruction définitive de la famille, et nous conduirait irrémédiablement à l'union libre.

Lors de la vaste enquête organisée en 1901 par M. P. et V. Margueritte (quelques idées p. 139). M. Beauquier, député ne craignait pas d'indiquer nettement à ce sujet, sa manière de voir : « Ni les bonnes mœurs, ni l'ordre public ne sont intéressés, disait-il, à la durée plus ou moins longue du mariage, autrement le divorce aurait été défendu. En conséquence, j'imagine que nos neveux verront sans étnnement de futurs époux contracter une union pour un temps limité, trois, six ou neuf années renouvelables comme un bail par tacite reconduction. La loi n'interviendra dans ces conditions particulières et libres que pour régler et assurer le sort des enfants, en

vertu du principe tiré de l'essence même des contrats, que les conventions des parties ne peuvent nuire aux tiers. Or les tiers dans le mariage ce sont les enfants. En toute équité, ils sont plus intéressants que les parents qui n'ont cherché dans l'union conjugale que satisfaction d'amour et d'intérêt. »

Il est vrai que ces auteurs se défendent « de vouloir saper le bon, le paisible, l'honnête mariage », ils se déclarent encore et par dessus tout de fervents, de respectueux partisans de cette institution, devant laquelle ils s'inclinent en proclamant : « qu'il n'est pas de conception plus belle que celle de deux êtres rapprochant leurs destinées, mettant en commun, le meilleur de leur cœur, se prenant pour la joie et l'adversité, la pauvreté et la richesse, la santé et la maladie, la vie et la mort ; mais que cela c'est l'absolu, un idéal dont on voit de trop rares applications ». Ils se défendent énergiquement de nous conduire à *l'union libre*, et emploient le terme de *mariage libre* sur lequel nous ne nous illusionnons nullement (P. et V. Margueritte, Quelques idées. Le mariage libre p. 45) ; ils avouent d'ailleurs le considérer seulement « comme une étape progressive, un pas réfléchi sur la route de l'avenir ».

Leur principe aboutit fatalement à l'union libre et même à l'amour libre. Ceci d'ailleurs n'est pas nouveau, car Platon qui voulait enlever à l'union de l'homme et de la femme, tout ce qui pouvait ressembler à une contrainte, leur permettait, dans sa République, de se prendre, de se quitter à volonté au gré de leurs désirs. On sera ensemble au mois, à la semaine, au jour ; l'homme et la femme ne trouveront plus alors dans leur union que le plaisir. Et comme la venue de l'enfant, son entretien, son éducation constituent des charges, l'Etat les prendra tout de suite après leur naissance ; ils ne connaîtront plus qu'un Père et qu'une mère : l'Etat.

SECTION III

L'accroissement du nombre des divorces.

Arrivés à ce point de notre étude, nous pouvons constater que la législation, la jurisprudence et la pratique rendent le divorce de plus en plus facile ; et que l'idée même du divorce progresse de plus en plus, sous l'influence de la littérature, de la presse et du théâtre.

Par une conséquence forcée, chaque année nouvelle voit croître dans des proportions effrayantes le nombre de ceux qui recoureut au divorce. En 1886, il y en eut 2950 ; le chiffre s'éleva, à plus de 13000 en 1910 ; nous donnons dans le tableau ci-dessous la statistique du nombre des divorces pour les années 1911 1912 et 1913, ainsi que le chiffre des mariages, des naissances et des décès de de ces mêmes années, à titre de point de comparaison. (Bulletin de statistique 1914 p. 338).

	ANNÉES 1913	1912	1911	ANNÉE MOYENNE 1901-1910
	—	—	—	—
Mariages	298.760	311.929	307.788	304.718
Divorces	15.076	14.759	13.058	10.356
Naissances	745.539	750.651	742.114	807.054
Décès	703.638	692.740	776.983	
Excédent des naissances	41.901	57.911		
Excédent des décès			34.869	

Au cours des années de guerre, les femmes ne purent par suite de l'application de la loi du 5 août 1914, intenter une action en divorce contre leurs époux mobilisés. Ce n'est qu'à partir de la loi du 30 mars 1916 que ces derniers eurent la possibilité d'engager facilement la procédure de divorce.

D'autre part, dix de nos départements français furent, jusqu'à la veille de l'armistice totalement ou partiellement occupés par l'ennemi. La statistique ne peut donc nous fournir d'indications que relativement aux autres départements.

Enfin, il est certain que depuis la fin de l'année 1918, et surtout depuis la signature de la paix, le nombre des demandes en divorce a considérablement augmenté. La statistique de 1919 et de 1920 nous fera connaitre le résultat effrayant de cette liquidation.

Le Journal officiel du 7 octobre 1919 ne nous donne par conséquent que les résultats relatifs au mouvement de la population dans 77 départements, non compris les 10 départements atteints par la guerre : (Aisne, Ardennes, Marne, Meurthe et Moselle, Meuse, Nord, Oise, Pas-de-Calais, Somme,. Vosges.) Il faut, dans l'examen des chiffres tenir compte du fait que pendant la guerre, la population a été incertaine. Au recensement de 1911, ces 77 départements comptaient 33.079.000 habitants.

	Mariages	*Naissances*	*Divorces*	*Décès*
	—	—	—	—
1913	248.000	605.000	12.300	587.000
1914	169.000	594.000	7.900	648.000
1915	75.000	388.000	1.700	655.000
1916	108.000	315.000	3.700	608.000
1917	158.000	343.000	5.600	613.000
1918	178.000	399.000	8.100	789.000

Les causes de l'accroissement des divorces sont multiples. Nous avons déjà critiqué la conception moderne du mariage, que l'on envisage de plus en plus, comme un acte de moins grande importance qu'autrefois, puisqu'il y a une porte de sortie. Nous avons regretté que les convenances sociales soient le seul objectif de beaucoup de mariages. «Le mariage, écrit Max Nordau, est devenu un arrangement matériel, où il reste aussi peu de place pour l'amour, que dans le contrat de deux capitalistes entreprenant ensemble une affaire. Le mariage moderne particulièrement dans les classes dites supérieures, manque de toute consécration morale. Il est devenu le plus grand de tous les mensonges de la Société (Les mensonges conventionnels de notre civilisation. Le mensonge matrimonial p. 266).

Il y a malheureusement une part de vérité, dans cette apre critique du mariage moderne, et il est certain que l'argent y joue un rôle marquant sinon décisif. Survienne une déception quelconque dans les espérances pécuniaires que l'on avait formées au moment de la conclusion du mariage, et voilà certes une cause de discussions, et par suite de divorce!

L'individualisme s'est affirmé dans le domaine conjugal comme dans tous les autres. On ne considère plus le mariage comme un acte solennel par lequel deux êtres rapprochent leurs destinées, décident de mêler à jamais leurs peines et leurs joies : et se prennent pour le bonheur comme pour l'adversité. Chacun veut désormais trouver dans le mariage ce qui lui plait.

«Le souci de soi-même, qui glisse de l'individualisme à l'égoisme absolu ne s'est pas développé que chez les jeunes filles, ; les jeunes hommes n'en ont pas moins éprouvé la vigueur, écrit M. Delzons (La famille française p. 61) En même temps qu'elles parraissaient exiger plus du mariage, ils entendaient y donner moins d'effort, y trouver plus d'aise et de tranquillité. Pour les décider à accepter toutes ses charges, il a fallu que le chiffre des dots s'élevât ; à défaut d'une belle dot, un jeune bourgeois qui, jadis, confiant dans l'éducation d'une jeune fille, soucieux de s'allier a une famille honorable, n'aurait pas reculé, maintenant préfère le célibat ».

On oublie que la famille, suivant l'expression de M. P. Janet (La famille p. 24) « donne beaucoup, mais ne donne pas sans conditions ». « Une des erreurs, les plus communes, écrit-il, est de tout exiger de la famille, sans lui rien donner ; de lui demander le repos dans l'ennui, les soins dans la maladie, la gaieté dans la tristesse, mais de vouloir conserver en même temps tous les avantages d'une vie libre et dégagée».

Aussi cet esprit d'indépendance, que nous signalons, ces aspirations individuelles vers une vie plus agréable, rendent les époux plus difficiles, plus sévères, plus exigeants, de moins en moins disposés a accepter telle ou telle contrariété des idées, tel ou tel conflit de caractère. On ne saurait, dit-on, être muré dans la prison d'un mariage malheureux et indissoluble.

La crise religieuse qui sévit depuis un certain nombre d'années devait aussi fatalement ébranler la famille française.

Il y a lieu de mentionner également l'action regrettable de la littérature passionnelle et du théatre contemporain : «On s'est appliqué, écrivait M. René Doumic (Le Correspondant 1889 p. 262), à mettre en lumière la cruauté de l'union sans issue ; c'est le théâtre qui a préparé l'opinion et aidé puissamment au vote de la loi du divorce.... Il a pris son point de départ dans les tristesses du mariage indissoluble, et dans les rigueurs de la famille fermée. Il a prêché la séparation absolue par le divorce de deux existences, qui ont été intimement unies. Il a prêché l'égalité du fils naturel et du fils légitime. C'est avoir voulu faire du mariage, au lieu de l'im-

passe qu'il était, un passage sans gardiens à l'entrée, ni à la sortie. C'est avoir voulu faire de la famille, une sorte de hall public où l'on est admis sans garanties. La famille n'est plus qu'un mot vide de sens, si elle ne désigne pas l'association fondée sur le respect réciproque de membres irréprochables, sur l'efficacité de l'exemple, sur la tradition de l'honneur, sur l'hérédité de la vertu. Dans une société démocratique, où toutes les barrières se sont abaissées, où toutes les notions sont confondues, où le principe d'autorité n'est plus qu'un souvenir, il est indispensable qu'une institution du moins la dernière, reste debout et intacte. La famille sort du théatre contemporain affaiblie et diminuée».

Il nous serait en effet facile de montrer le rôle joué par Alexandre Dumas, par Emile Augier qui dans Madame Caverlet, fait l'apologie du divorce; par Hervieu, qui dans la loi de l'Homme, le Dédale, et surtout dans les Tenailles, nous fait connaître sa théorie du droit au bonheur. Les personnages mis en scène ne voient dans le mariage que l'amour et le bonheur, sans se douter qu'il puisse avoir d'autres buts. La loi est un obstacle à supprimer, puisqu'il faut « qu'il n'y ait plus d'esclaves » Citons également, parmi beaucoup d'autres, les œuvres de Paul et Victor Margueritte : Les deux vies, Femmes nouvelles.

Mais il serait injuste d'oublier le rôle joué par un grand nombre d'écrivains qui dans des romans à thèse, se sont montrés les défenseurs du mariage et de la famille traditionnelle. Le roman « Un divorce » de Paul Bourget, publié en 1904, semble une réponse au livre des frères Margueritte, paru quelques années auparavant. La critique du divorce y est vigoureusement présentée sous tous ses aspects, individuel, religieux, familial, social.

Henry Bordeaux, dans « Les Roquevillard » ; « Le pays natal » ; « La voie sans retour » ; « La peur de Vivre » « La croisée des chemins» ; « Les yeux qui s'ouvrent » ; «La robe de laine » ; « La Maison » ; « Les pierres du foyer » remet en honneur les vieux principes de la famille française.

A ces causes d'ordre moral, nous devons en ajouter d'autres, d'ordre économique, qui contribuent dans une large mesure à l'accroissement du nombre des divorces.

L'essor de l'industrie, le développement de la fortune mobilière ont modifié les conditions d'existence. Notre pays n'avait connu jusqu'alors d'autre richesse que la terre et les maisons, et les mœurs étaient imprégnées du goût de l'épargne. Vers la fin du XIX^{me} siècle, les fortunes se sont multipliées, avec les entreprises industrielles, les exploitations minières, les sociétés financières, l'expansion

coloniale. L'argent gagné très vite et sans trop de peine se dépense facilement, et l'on voit naître un goût du luxe effréné et une exagération inouie des dépenses.

« Le luxe des femmes, écrit M. Delzons (op. cit. p. 81) semble s'être développé, répandu par contagion. Il faut le préparer d'abord, le montrer ensuite, et l'existence y passe presque tout entière. On pense à une perpétuelle comédie qui prend aux comédiens toutes les heures de la vie, d'abord pour qu'ils la répètent, ensuite pour qu'ils la jouent. C'est en effet une représentation perpétuelle, où l'important est de bien tenir son rôle, le rôle qui consiste à montrer partout où la règle l'exige, les perles, les fourrures, les plumes, signes certains de la richesse. Il est bien vrai, comme on s'est amusé à le faire remarquer, que les femmes vouées à ce genre de vie, se distinguent à peine des comédiennes de profession. Est-il besoin de chercher ce qui peut leur rester de loisirs pour leur famille, le mari, les enfants ? Elles subissent deux nécessités qui sont pareillement exclusives et du devoir et du sentiment familial : elles doivent vivre hors de chez elles, ou ne rester chez elles que pour recevoir, elles doivent porter tous leurs soucis à ces rites nombreux et divers de la richesse qui ne souffrent pas de distraction. La famille se dissocie naturellement, faute d'un lien pour rester unie. Il y a un mari, une femme, des enfants juxtaposés ; il n'y a pas de famille, parceque la femme ne peut absolument pas tenir à la fois et le rôle exclusif que le train nouveau lui impose, et le rôle d'épouse et de mère ». Que dans un tel ménage, survienne une difficulté financière, ou une discussion quelconque sur une question d'intérêt, l'idée du divorce y prendra vite naissance, et ne tardera pas à produire ses funestes effets.

Le bouleversement économique auquel nous venons de faire allusion a occasionné d'aussi graves conséquences à l'autre extrémité de l'échelle sociale, dans la famille ouvrière. Autrefois la femme du peuple restait à la maison pour vaquer aux soins du ménage, ou tenait un petit commerce, dont les bénéfices grossissaient le budget familial. Mais le développement de l'industrie a transformé les villes anciennes et créé des villes nouvelles. Un afflux de population s'est produit dans les centres industriels du Nord, de l'Est, du Centre. La femme est attirée hors de chez elle, par l'attrait irrésistible du salaire à gagner. Et tandis qu'elle est à l'atelier, ou à l'usine, on se demande ce que deviennent les enfants, ce que devient la vie du ménage.

Dans les centres ouvriers, le plus grand ennemi de la famille est sans aucun doute l'alcoolisme. Et la multiplication du nombre

des débits en France doit être comparée à l'accroissement du nombre des divorces. L'alcoolisme porte atteinte à la vie morale et matérielle de la famille, en détruisant la paix au foyer conjugal. Le mari qui va au cabaret y laisse une bonne partie de son salaire, et par suite, il fait entrer chez lui la misère dont le terrain est si propice aux mésintelligences et par suite au divorce. Faut-il ajouter que les enfants d'alcooliques sont presque toujours des dégénérés, des rachitiques ou des tuberculeux. Toutes ces raisons devraient amener le législateur à lutter énergiquement contre cet agent puissant de désorganisation de la famille qu'est l'alcoolisme. Des efforts louables ont été faits, dans ce but, au cours des dernières années. Un décret du 7 janvier 1915 et la loi du 16 mars 1915 ont interdit la vente en gros et en détail, ainsi que la circulation de l'absinthe et des liqueurs similaires. La loi du 9 novembre 1915 a réglementé l'ouverture de nouveaux débits de boissons, et celle du 1er octobre 1917 a réprimé plus sévèrement l'ivresse publique.

Enfin l'état de guerre, qui a séparé pendant près de cinq ans, les maris de leurs femmes, a été la cause de bien des divorces. Si beaucoup de vaillants soldats ont gardé pieusement aux armées, la douce image de Celle qu'ils avaient laissée au foyer domestique ; si beaucoup d'épouses ont attendu fidèlement le retour de Celui qui avait répondu avec enthousiasme à l'appel de la Patrie, d'autres n'ont pas eu, pendant la guerre, une conduite exempte de reproches. Aux armées, au cantonnement, à l'ambulance, au dépôt, le mobilisé a noué bien des relations coupables ; cependant il est fort rare de voir le divorce prononcé à ses torts exclusifs, car il lui est presque toujours possible de faire valoir des griefs sérieux contre sa femme.

On a dit aussi que la loi et la jurisprudence devaient être considérés comme des facteurs de la progression des divorces. Certains prétendent au contraire que cette influence est complètement négligeable. Que le divorce soit permis ou non, disent-ils, le nombre des ménages brisés est le même ; mais dans le premier cas, les époux divorcés peuvent contracter de nouvelles unions, et légitimer les enfants nés de leurs liaisons. Dans les pays où le divorce est permis, il y a moins de concubins et d'enfants adultérins. Le divorce moralise donc la famille.

La loi ajoutent-ils (voir notamment Valensi op. cit. p. 231) a une action très limitée sur les mœurs. Elle ne peut que constater l'état de choses existant, car les sentiments sont trop intimes, et par conséquent trop puissants, pour que l'élément légal puisse exercer une influence sensible sur l'élément moral. Le nombre des dissolutions conjugales, nous disent ils, ne représente qu'une partie des souf-

frances morales, qui séparent bien des ménages. Combien en effet de conjoints pour toutes sortes de raisons préfèrent tout endurer et vivre de leur côté, sous le même toit ou bien se séparer de fait plutôt que d'établir devant un tribunal leurs discordes intestines ! Que demain le divorce pour incompatibilité d'humeur sans allégation de motifs soit admis par la loi française, et beaucoup de ces ménages s'empresseront de faire constater légalement leur rupture. La statistique enregistrera alors un plus grand nombre de divorces, mais cela n'impliquera nullement une augmentation des désordres conjugaux provoquée par l'élargissement du divorce.

On rapproche cette idée du fait que depuis 1884, le nombre des condamnations pour adultère a augmenté (371 en 1883 ; 996 en 1889 ; 1175 en 1900). Cela ne prouve pas que cette élévation corresponde à une augmentation des trahisons conjugales, mais provient de ce que depuis 1884, le mari fait constater légalement l'adultère de sa femme, pour obtenir un divorce, sans enquête. Avant cette date, au contraire, un grand nombre d'adultères échappaient aux investigations de la statistique.

Il y a dans cette argumentation, une part de vérité. Il est certain que dans les classes ouvrières, avant le vote de la loi du divorce, l'homme et la femme se quittaient quand ils en avaient assez l'un de l'autre Ils vivaient séparés de fait, et trop souvent nouaient des relations irrégulières, sans se préoccuper du sort des enfants qui allaient en naître. Aujourd'hui les ouvriers, qui obtiennent facilement le bénéfice de l'assistance judiciaire, font constater légalement leur rupture.

Certes le jugement qui prononce le divorce ne crée pas la rupture du ménage, elle existait déja auparavant ; il se borne à la constater et à la faire connaître au public. Cependant la loi a tout de même une grande influence sur les mœurs, qu'elle sert à orienter ; et la conscience se dresse moins contre les tentations, si la loi permet d'y tomber.

On avait prétendu que loin de mettre obstacle aux concessions mutuelles des époux la crainte d'un divorce les favoriserait, chaque conjoint, craignant de voir l'autre reprendre sa liberté, pour aller chercher ailleurs le bonheur promis.

L'examen des faits nous révèle au contraire qu'à côté des ménages parfaitement unis, et de ceux où la vie commune est devenue un véritable enfer, il y en a beaucoup où l'accord n'est que relatif. Une étincelle suffit parfois pour mettre le feu aux poudres. Avec un divorce restreint, malgré quelques conflits de caractères et un désaccord momentané, les époux chercheront à se réconcilier, et

sacrifieront, s'il le faut, quelques-unes de leurs exigences respectives.

Mais si les causes du divorce sont élargies, la tentation de quitter l'époux devenu odieux ou simplement indifférent, sera plus forte ; la chaîne paraîtra plus pesante encore. On considèrera de plus en plus le divorce comme un acte sans grande importance, qui permet d'échapper à des ennuis, des désagréments intérieurs pour chercher dans une autre union ce qu'on ne trouve plus dans la première. C'est fort justement qu'Auguste Comte a pu dire : « L'idée seule du changement y provoque » ; aussi nous repoussons énergiquement tous les projets relatifs à l'extension du divorce.

Nous reconnaissons que le divorce est un remède nécessaire auquel il faut parfois recourir, dans des circonstances exceptionnelles et malheureuses, et loin de demander sa suppression, nous nous contentons de former le vœu qu'il ne soit pas le produit d'un caprice ou d'une querelle passagère.

Il serait en effet illusoire d'espérer à l'heure actuelle l'abolition du divorce ; il est passé dans les mœurs, et la facilité croissante avec laquelle les divorcés contractent de nouveaux mariages, non pas seulement avec des divorcés, mais avec des célibataires et des veufs prouve que l'opinion publique est de moins en moins hostile au divorce.

M. Paul Bourget déclarait un jour, ne pas entrevoir immédiatement la possibilité de l'abrogation du divorce, mais il exprimait la conviction que le courant, qui entraîne notre Société française sur ce chemin soi disant de progrès ne saurait être que passager, et qu'après avoir poursuivi la dangereuse expérience des idées révolutionnaires, elle se ressaisirait, par un de ces mouvements d'animalité conservatrice que les Nations en détresse ont aussi bien que les individus (Lettre de P. Bourget contre le divorce, reproduite dans le livre de MM. P. et V. Marguerite. Quelques idées). Malheureusement, jusqu'alors les événements ne semblent pas devoir réaliser les espérances de notre grand écrivain.

II

LE CHEF DE FAMILLE

Après avoir donné au mariage un caractère solennel, le législateur a investi le chef de famille des pouvoirs qui lui sont nécessaires. Il faut une autorité dans la famille, comme dans toute société, pour éviter l'anarchie ou l'inertie. En effet, une société quelle qu'elle soit se compose fatalement de personnes ayant des idées et des intérêts divers, qu'il y a lieu de coordonner, de concilier, ou même de faire fléchir devant l'intérêt général.

La famille se compose des Parents et des enfants. Les Parents ont contracté par le fait même du mariage l'obligation de nourrir, d'entretenir, d'élever leurs enfants. Pour remplir cette mission familiale et sociale, le législateur de tous les temps, a attaché à ces devoirs son corollaire naturel : la puissance paternelle.

Vis-à-vis des enfants l'autorité des Parents doit être égale ; ils doivent obéir indistinctement à l'ordre de leur père ou à celui de leur mère, sans rechercher quelle est l'autorité qui est supérieure à l'autre, et les Parents doivent faire en sorte que leurs enfants n'aient pas à se poser cette délicate question.

Mais il peut arriver même dans les ménages parfaitement unis, qu'il y ait parfois quelques divergences de vues, de sentiments ou de volontés. Il faut donc une voix prépondérante qui décide en dernier ressort. Ce droit a toujours été dévolu à l'homme parce qu'il a la force : et que sans entendre faire reposer le droit sur la force, il ne peut y avoir d'autorité efficace, sans cette condition. Une autorité sans force est une autorité impuissante.

A l'origine de la famille, l'homme a eu un grand rôle de protection à remplir ; mais aujourd'hui la famille court peu de périls matériels et ce devoir de protection se conçoit d'une façon différente. Cependant l'idée ancienne subsiste toujours ; et l'homme sait que c'est à lui qu'incombe la tâche d'écarter les périls qui peuvent menacer la famille. Aussi quand l'ennemi menace nos frontières, quand sonne l'heure de la mobilisation générale, quand la Patrie est en danger, il répond avec enthousiasme à son appel, et la défend

avec vaillance. Il remplit alors le plus sacré de ses devoirs de citoyen et de chef de famille, car la Patrie est l'ensemble de toutes les familles d'une même nation.

Mais en temps normal, ce devoir de protection est plus modeste, tout en étant presque aussi difficile. Il nécessite un effort plus obscur plus soutenu et consiste surtout à faire vivre sa famille par le travail.

Le travail est en effet, le rôle familial et social de l'homme ; au contraire, la place de la femme est marquée au foyer et non à l'usine, à l'atelier, au bureau. Sa mission naturelle est d'élever les enfants, et de pourvoir aux besoins du ménage.

Cependant, au cours de la guerre, le nombre de femmes employées dans l'industrie, dans les grandes Compagnies de chemins de fer, dans les établissements publics et privés, dans les fabriques de munitions, dans les bureaux militaires, en un mot dans les fonctions les plus diverses, s'est considérablement accru. Et nous ne méconnaissons pas qu'aujourd'hui plus encore que par le passé, la nécessité de recourir à la collaboration de la main-d'œuvre féminine s'impose d'une façon absolue.

Beaucoup se préoccupent de la répercussion que cette situation nouvelle peut produire sur l'avenir de la famille : ils craignent qu'une femme astreinte à un travail hors du foyer ne puisse plus remplir complètement ses devoirs d'épouse et de mère.

Le législateur ne s'est pas désintéressé de la question. Il a réglementé le repos des femmes en couches ; il a interdit aux femmes certains travaux dangereux. Enfin sans préconiser pour tous les travailleurs la loi de huit heures et le repos du samedi après-midi, à une époque, où notre pays a plus que jamais besoin de produire, nous pensons que ces mesures répondent, en ce qui concerne les femmes, à une véritable nécessité sociale, car elles leur permettront de vaquer aux travaux domestiques.

« Que la femme qui travaille redevienne l'exception, conclut M. Lepelletier. (La situation de la femme, au lendemain de la guerre. Réf. sociale 1. 16 mars 1919.) Que la femme qui dirige la maison, qui prend soin de ses enfants, qui fait respirer autour d'elle, une atmosphère de calme et de sérénité, soit la règle et le type idéal que tous nos efforts tendent à réaliser. »

Bien d'autres motifs ont encore prévalu pour confier à l'homme la direction de la famille : « La raison de l'homme étant plus etendue, plus suivie et plus calme que la raison de la femme est plus propice au gouvernement, écrit M. Janet (op. cit. Le chef de famille p. 47) car saisissant mieux les suites, et pesant d'une manière plus

équitable les avantages et les périls, elle vaut mieux pour prendre ces grandes résolutions. d'où dépend toute l'existence d'une famille qu'une raison plus vive et plus fine, mais trop mobile et trop prévenue. »

Il y a deux personnes dans le chef de famille, le mari et le père ; il détient deux puissances : la puissance maritale et la puissance paternelle, que nous allons maintenant étudier.

CHAPITRE PREMIER

LA PUISSANCE MARITALE

Section I

Notions Générales

L'incapacité de la femme mariée dérive d'une incapacité plus générale qui frappait autrefois les femmes mariées ou non.

Dans les sociétés primitives, où règnent la violence et la guerre, la femme est trop faible pour se défendre elle-même. Elle reste en tutelle perpétuelle, pour cette raison tout d'abord ; peut être aussi, comme le disait Gaius (I. 144) « propter animi levitatem » à cause d'une certaine légèreté de leur esprit.

A la fin de la République, et dès les premiers siècles de l'Empire, cette tutelle fut considérée comme une institution arbitraire, ne correspondant plus à aucune nécessité. Elle disparut pratiquement par l'acquisition du jus liberorum, (sans parler des concessions gracieuses), pour toutes les femmes ingénues ayant eu trois enfants, et pour toutes les femmes affranchies, en ayant eu quatre. Théodose et Honorius concèdèrent le jus liberorum à toutes les femmes de l'Empire. Mais il est douteux que la tutelle des femmes ait survécu jusqu'à cette époque, car on n'a plus de preuve de son existence après le milieu du IVe siècle.

Cette incapacité perpétuelle et générale existait aussi dans le droit germanique. Partout, elle s'atténua avec les progrès de la civilisation.

Si l'incapacité de la femme célibataire ou veuve disparut assez rapidement, elle a subsisté pour la femme mariée. En droit romain, la manus survécut longtemps à la tutelle des femmes sui juris. Elle disparut cependant à son tour, et dans les derniers siècles de l'Empire, aucune incapacité ne frappait plus la femme mariée. Dans le mariage sans manus, après la disparition de la tutelle des femmes, l'épouse romaine restait pleinement maîtresse de ses biens, sans

contrôle. Elle contribuait aux charges du ménage par l'apport d'une quotité de biens appelée *dos* ;mais pour le reste de leurs patrimoines les époux demeuraient indépendants l'un de l'autre, aptes à faire entre eux les mêmes actes qu'ils auraient pu faire avec des étrangers, sous réserve de quelques atténuations provenant de l'idée du mariage : Interdiction d'intenter l'un contre l'autre des actions pénales ou infamantes ; droit pour l'époux poursuivi par son conjoint d'opposer le bénéfice de compétence, c'est-à-dire de n'être condamné que jusqu'à concurrence de ses ressources ; interdiction des donations qui pourraient ne pas être libres (voir Girard op. cit. p. 167 et 223).

L'idée d'infériorité de la femme n'est pas passée dans notre Ancien Droit « Le besoin qu'elle a de l'autorisation de son mari écrivait Pothier, (Puissance du mari n°3) n'est pas fondée sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves qui n'ont pas besoin d'autorisation. » La femme, dans notre droit. ne serait donc pas incapable parce qu'elle est femme, mais parce qu'elle est mariée.

Si en effet la femme ne participe pas encore de nos jours à la vie politique, si le droit de vote qui lui a été reconnu par la Chambre lui a été refusé par le Sénat, notre droit privé lui confère les mêmes droits qu'à l'homme, et lui donne la même capacité juridique. Cependant l'égalité n'est véritablement complète que depuis ces dernières années.

La loi du 7 décembre 1897 a permis aux femmes d'être témoins dans les actes de l'état civil, et les actes instrumentaires en général, (art 37 et 980 C. civil). La loi du 23 janvier 1898 leur a conféré l'électorat pour l'élection des membres des tribunaux de commerce, mais elles ne peuvent être appelées à faire partie du tribunal. La loi du 27 mars 1907 sur l'organisation des conseils de Prudhommes les déclara électrices (art.5) ; la loi du 17 novembre 1908 leur conféra même l'éligibilité. Enfin la loi du 1er décembre 1900 permit aux femmes munies du diplôme de licenciée en droit de prêter le serment d'avocat et d'exercer cette profession.

On ne pouvait plus guère citer qu'une restriction importante en matière de droit privé. Elle résultait de l'art. 442 du C. civil interdisant aux femmes, autres que la mère et les ascendantes d'être tutrices ou membres d'un conseil de famille.

On expliquait cette exclusion par l'influence d'une vieille idée qui veut que la tutelle soit une charge publique. C'est pourquoi, on écartait de cette fonction les personnes privées de droits politiques, les étrangers et les femmes.

Les condamnations à une peine criminelle (sans qu'une exception soit apportée pour les condamnations politiques) dont la conséquence est la dégradation civique ainsi que certaines condamnations en matière correctionnelle entraînent toujours l'exclusion de la tutelle (art. 443 C. civil, 34 4° et 42e 6. C. pénal). Mais ces deux catégories de condamnés peuvent être tuteurs de leurs propres enfants sur avis conforme du conseil de famille.

Cependant, depuis 1875, la Cour de Cassation admet que l'ascendant étranger peut exercer en France les fonctions de tuteur ou de subrogé-tuteur de ses petits enfants français. (16 fév. 1875. D 1876. 1.49 et la note) —.

S'appliquant aux femmes, cette incapacité était injuste et profondément, regrettable ; on ne comprenait pas qu'une tante ou une sœur aînée qui sont parfois les seuls protecteurs de l'enfant, les seules personnes l'aimant profondément, ne puissent être ni tutrices, ni membres du conseil de famille. Il était navrant de voir qu'en leur présence, on en était réduit à faire appel au concours d'amis trop souvent même d'étrangers et d'indifférents. La loi du 2 juillet 1907 avait déja effacé cette exclusion, en ce qui concernait la tutelle des enfants naturels ; il n'y avait aucune raison sérieuse de la maintenir, lorsqu'il s'agissait de la tutelle des enfants légitimes.

L'état de guerre qui a mis en relief les qualités d'énergie, d'intelligence pratique, de dévouement et de sacrifice de la femme française a contribué dans une large mesure au vote de la loi du 20 mars 1917. Cette loi a étendu la capacité civile des femmes, d'une part, en leur permettant d'une manière générale, et non plus seulement aux mères et autres ascendantes, d'exercer les fonctions de tutrices, et par voie de conséquence celles de subrogées tutrices et curatrices ; d'autre part, en les admettant à faire partie des conseils de famille.

« Depuis longtemps, écrivait M. le sénateur Guillier, dans son rapport (annexe 432 J. off. 16 déc. 1916 p. 586 à 589), une modification de ces dispositions est réclamée par tous les groupements féministes. La question a été examinée à maintes reprises par les jurisconsultes ; la Chambre des députés a donné plusieurs fois son adhésion à la réforme. Le moment est venu de la réaliser. Sur le principe lui même il ne s'élève plus de controverse sérieuse. Personne n'oserait reprendre le seul argument invoqué, au moment de la discussion du Code, et qui consistait à prétendre « que la constitution physique des femmes, leur éducation ne leur donnent peut-être pas, tout ce qui rend propre à une bonne administration ». De nos jours, les femmes ont été admises à servir de témoins dans les

actes de l'état civil, elles sont électeurs aux tribunaux consulaires, éligibles aux conseils des prud'hommes ; elles exercent des professions libérales, et elles sont fonctionnaires dans plusieurs grandes administrations publiques. Combien d'entre elles dirigent avec autant d'intelligence et de compétence que des hommes, des maisons de commerce, des exploitations rurales ou des entreprises industrielles ?

« Après le brusque départ pour l'armée de leurs maris ou de leurs pères, ajoutait-il, elles ont pris d'une main ferme, la direction des affaires que le chef de famille avait dû abandonner. Grâce à un labeur opiniâtre et à une énergie parfois surhumaine, elles ont sans négliger les soins à leur famille assuré la marche de la maison de commerce, de l'établissement industriel, ou de la propriété que le mobilisé dirigeait jusqu'alors. Elles ont eu d'autant plus de mérite à assumer cette lourde tâche qu'elles ont dû le faire à l'improviste, souvent sans préparation préalable, et que les difficultés ordinaires de la direction ont été grossies, dans des proportions inouies par les difficultés d'ordre général, que la mobilisation a entraînées pour toutes les professions, et par l'absence d'un personnel capable et de collaborateurs expérimentés qui, eux aussi avaient dû remplir leurs devoirs militaires. Les femmes françaises ont donc fait leurs preuves. Il n'est que juste de les placer sur le même rang que les hommes, au point de vue de la tutelle et des conseils de famille.....

Au surplus, écrivait-il, le Code civil reconnaît que les femmes peuvent convenablement remplir ces fonctions; puisqu'en cas de décès du père, la mère survivante est de droit tutrice de ses enfants mineurs. Mais s'il s'agit d'un autre enfant, orphelin de père et de mère, fut-il son jeune frère ou son neveu, fut-elle l'amie des parents disparus, l'eût-elle déjà entouré de soins, voulût-elle pourvoir à ses besoins, elle se voit déclarée par le Code incapable de l'élever, de le diriger, de surveiller son patrimoine, et elle se voit préférer pour les fonctions de tutrice un homme, peut-être un étranger, qui ne s'est jamais intéressé à l'enfant, et qui, en raison de ses occupations personnelles, ne pourra jamais remplir sa tâche avec la sollicitude, le dévouement et la délicatesse qu'on trouverait chez la femme de cœur qui consent à accepter cette lourde responsabilité.

« S'il n'y a aucune raison pour refuser à la femme le droit d'être tutrice, à fortiori, concluait-il, il n'y en a aucune pour lui interdire de siéger dans les conseils de famille. A l'heure actuelle en dehors des ascendantes, une femme ne peut pas faire partie d'une de ces assemblées. Quel que soit son degré de parenté, quelques preuves d'affection qu'elle ait données à l'enfant ou à ses proches, quelles que soient

les garanties qu'on trouve en son honorabilité et sa situation personnelle, elle est exclue des réunions dans lesquelles se discutent et se règlent les questions les plus graves intéressant l'avenir matériel et moral du mineur. N'est-il pas plus rationnel d'admettre dans les conseils de famille, des femmes que les liens du sang rattachent à l'enfant ou à l'incapable, plutôt que des parents éloignés ou des étrangers qui se déchargent trop souvent sur des mandataires insouciants de ce qu'ils considèrent comme une simple formalité si ce n'est comme une corvée? »

La loi du 20 mars 1917 a modifié un grand nombre d'articles du Code civil relatifs à la tutelle, afin de les mettre en harmonie avec la réforme adoptée. La femme peut donc être tutrice, subrogée tutrice curatrice, ou membre d'un conseil de famille. L'art 428 nouveau admet une excuse, en faveur des femmes qui ne veulent pas accepter la tutelle. Ceux qui poursuivent l'égalité absolue des deux sexes soutenaient que la tutelle étant une charge que l'homme ne peut décliner, la femme ne peut pas plus que lui s'y dérober. Mais la commission du Sénat fit remarquer qu'une femme peut par suite de son inexpérience, de son état de santé, être incapable d'exercer ses fonctions. Elle a pu trop présumer de ses forces, et peut se trouver dans une situation ne lui permettant plus de continuer son œuvre ; il faut qu'elle puisse se faire excuser. (Rapport précité de M. Guillier p. 588.)

Ajoutons, qu'à cette époque, le Sénat avait déjà adopté la proposition de loi relative aux pupilles de la Nation, et avait décidé que des femmes siègeraient dans l'office national des pupilles. Il avait également inséré une disposition dérogeant à l'art. 442 du Code civil, et permettant au dernier mourant des père et mère des pupilles de la Nation, de nommer dans les formes de l'art. 392 comme tutrice à son ou à ses enfants mineurs, une sœur, une tante ou grand

---

1. Comp. l'art. 394 du Code Civil, aux termes duquel la mère tutrice n'est point tenue d'accepter la tutelle.

2. Les anciens art. 402 et 403 ne se concevaient qu'en admettant pour tous les cas la supériorité de l'homme sur la femme. Lors de la dévolution de la tutelle aux ascendants, la branche paternelle avait toujours le pas sur la branche maternelle. L'art. 402 nouveau étend la tutelle aux aïeules, et l'art. 403 modifié décide qu'en cas de concurrence entre des aïeux et des aïeules du même degré, le conseil de famille désignera le tuteur ou la tutrice, sans tenir compte de la branche à laquelle ils appartiennent, ayant uniquement en vue l'intérêt du mineur.

3. La loi du 19 mars 1917 relative à la liquidation des successions ouvertes pendant la guerre, disposait déjà dans son art. 8, que par dérogation à l'art. 407 du Code Civil, les femmes seraient admises dans la composition des conseils de famille des mineurs et des incapables, mais que le mari et la femme ne pourraient être membres du même conseil.

tante de ceux-ci, à la condition que la tutrice ainsi nommée soit célibataire ou veuve. Cette disposition ne s'appliquait qu'à certaines catégories de femmes et d'orphelins ; c'était néanmoins un premier pas vers la réforme beaucoup plus large consacrée par la loi du 20 mars 1917.

La loi du 27 juillet 1917, instituant les pupilles de la Nation, a consacré dans son art. 21 cette disposition, et dans les organismes qu'elle a créés afin d'assurer la protection des pupilles, non seulement elle ne fait plus aucune distinction entre l'un ou l'autre sexe, qu'il s'agisse des délégués des trois ordres d'enseignements, des délégués des associations philanthropiques ou professionnelles, exerçant le patronage des orphelins de guerre ; mais elle spécifie que l'office national s'adjoindra jusqu'à concurrence du 1/4 de ses membres élus, des femmes s'étant signalées par leur dévouement aux œuvres protectrices de l'enfance ou des orphelins de guerre. La section permanente qui dans l'intervalle des réunions représente le conseil supérieur doit comprendre au moins trois femmes. (Art. 12 et 13). Nous trouvons des dispositions analogues dans l'organisation des offices départementaux et cantonaux. (Voir également l'art. 20).

Enfin, la loi du 17 août 1917 sur la résiliation des baux ruraux par suite de la guerre permet dans son art. 11 aux femmes propriétaires ou preneuses de biens ruraux, âgées de 25 ans au moins, de siéger dans les Commissions arbitrales, instituées pour trancher ces litiges. La loi du 9 mars 1918 sur les baux à loyers, dans son art. 35, reconnaît également aux femmes propriétaires ou locataires âgées de 25 ans au moins, le droit d'être inscrites sur les listes dressées en exécution de la loi et de siéger dans les Commissions arbitrales.

Nons pouvons donc conclure de tout ce qui précède, qu'actuellement, les théories féministes ont abouti à faire prévaloir le principe d'une égalité complète entre l'homme et la femme, dans le domaine du droit privé, en attendant que cette égalité soit prochainement reconnue dans le domaine du droit public.

Mais, comme le fait si justement remarquer M. Gide (Condition privée de la femme p. 465) « cette égalité cesse dans les rapports conjugaux ; en s'engageant dans les liens du mariage la femme aliène une partie de ses droits, et se soumet à une sorte d'incapacité temporaire. Cette incapacité, si même elle mérite ce nom, n'est pas inhérente au sexe ; elle n'a point sa cause dans la nature physique ou morale de la femme, mais dans la puissance maritale. Aujourd'hui, conclut-il, (p. 475) ce n'est plus la femme qui est incapable,

c'est l'épouse. L'état de la femme mariée est donc un état de dépendance et non d'incapacité ».

Le Code ne parle de la puissance maritale que pour interdire aux époux d'y déroger par contrat de mariage (art. 1388), mais il y fait nettement allusion en rappelant dans l'art. 213 que « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » ; on peut rapprocher également toute une série de textes épars dans le Code, et en grouper les conséquences.

Section II

Droit sur la personne de la femme

M. Viollet (Précis de l'histoire du droit français p. 499 et suivantes) montre d'une manière saisissante, l'évolution de la puissance maritale et de la puissance paternelle. Ce furent au début des droits sans limites ; le mari et le père étaient maîtres absolus de la personne de la femme et de l'enfant. Leur autorité s'exerçait sans aucun contrôle légal ; elle était seulement réglementée par les mœurs, et elle leur donnait le droit de vie et de mort.

Chez les Romains, le mari avait le jus vitae necisque, sur la femme soumise à la manus ; mais la manus disparut à la fin du IIIe siècle. La situation était analogue dans le droit germanique. M. Viollet croit qu'au IXe siècle, le mari usait de son droit, en tuant sa femme, pourvu qu'il eût un bon motif.

Peu à peu, on tendit à supprimer ce droit de correction, à tout le moins, on ne permit plus au mari de l'exercer directement. On remit ce soin à l'autorité publique, qui agit à la demande du mari.

Dans l'Ancien Droit, il pouvait faire enfermer dans un couvent sa femme adultère ; il devait cependant demander l'avis des plus proches parents de la femme. Il pouvait encore s'adresser à l'autorité judiciaire, et obtenir un ordre d'incarcération, en en faisant valoir les raisons.

Notre Code pénal a maintenu une différence notable entre l'adultère de la femme et celui du mari. L'adultère de la femme est toujours un délit, quelque soit le lieu où il a été commis ; celui du mari n'est punissable que s'il y a entretien d'une concubine au domicile conjugal. Tandis que l'adultère de la femme est punissable de 3 mois à 2 ans d'emprisonnement, (art. 337) celui du mari ne l'est que d'une amende de 100 à 2000 fr. (art. 339). L'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari qui est toujours maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée, en consentant à reprendre sa femme. (Art. 336-337).

D'autre part, l'art. 324 décide que le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère, dans la maison conjugale est excusable ; mais aucun texte ne déclare que le meurtre du mari commis par la femme, dans de semblables conditions bénéficie lui aussi d'une excuse légale.

Cette inégalité dans la répression de l'adultère a fait naître bien des critiques ; mais le législateur a pensé qu'au point de vue social, le seul que doit envisager le Code pénal, l'adultère de la femme a des conséquences plus graves que celui du mari. Quand le mari a une maîtresse, les enfants qu'il en a, n'entrent pas dans la famille, et demeurent des étrangers pour la femme légitime. Mais quand la femme a un amant, si elle en a des enfants, ceux-ci seront les enfants légitimes du mari, en vertu de la présomption Pater is est, à moins qu'il n'intente l'action en désaveu soumise à des conditions fort difficiles. Si le mari échoue dans cette action, il ne pourra chasser de sa famille, ces enfants qui ne sont pas les siens ; et par conséquent l'adultère de la femme présente un grave danger, car il compromet la base sur laquelle repose la famille légitime : la présomption de paternité du mari.

Rappelons que depuis 1884, l'adultère du mari, sans aucune des deux conditions signalées est comme l'adultère de la femme, une cause de divorce. On a pensé que s'il devait y avoir inégalité dans la peine, il devait y avoir égalité dans le divorce, parce que les époux se doivent mutuellement fidélité, et que commise par l'un ou par l'autre, la faute est égale.

Un certain nombre d'écrivains ont protesté énergiquement, contre la conception actuelle de l'adultère, et ont demandé la suppression de l'article rouge qui le réprime : « Décrétez que l'adultère est le pire des crimes, écrivent MM. P. et V. Margueritte (quelques idées p. 205), et au lieu de le faire bénéficier de l'indulgence vaudevillesque du monde, frappez-le dûrement, sévèrement. Revenez-en aux supplices d'autrefois, lorsque la femme n'était qu'une misérable chose, un animal domestique. Légalisez définitivement le droit au meurtre du mari si vous avez encore cette conception vieillotte de l'irrémédiable infériorité féminine. Ou alors, cessez de considérer l'adultère, même comme le plus léger des délits ; qu'il reste pour tous une trahison vile, le plus grave des délits de conscience, si vous voulez, le plus grave des crimes de cœur. Oui, libérons-le de l'hypocrite complicité sociale et libérons-le ensuite de la juridiction pénale où il n'a que faire ! Car enfin, il faut être logique. Si le mari accepte, vous absolvez ; s'il se gendarme, vous frappez ! Or, qu'est-ce qu'une loi ravalée à la merci d'une fantaisie individuelle ? L'adultère qui est la plus dégoutante des tromperies n'est ni un délit, ni un crime. Il faut qu'il échappe à la sanction des lois, pour ne plus relever que du verdict des mœurs ».

Notons cependant que la pratique des tribunaux, au cours de ces dernières années, loin de donner satisfaction à ces tendances, s'est

montrée plus sévère pour la répression de l'adultère ; les femmes de mobilisés qui s'étaient rendues coupables de ce délit, au lieu de voir appliquer le bénéfice du sursis à une peine de quelques francs d'amende, ont été souvent condamnées à plusieurs journées de prison.

Section III

Effets du mariage relativement à l'acquisition de la nationalité

La femme acquiert, en se mariant la nationalité de son mari (art. 12 et 19 Code civil). Cette règle provient de l'idée antique qui donnait à la femme, la condition civile de son mari. On l'explique aussi parfois par une présomption de volonté, cependant si cette idée était exacte, la femme devrait pouvoir, par une déclaration formelle, faire échec à cette présomption de volonté et éviter ce changement de nationalité.

On a dit que le but de cette disposition était de maintenir l'unité de nationalité dans la famille ; cependant par une véritable inconséquence de notre Code, le changement de nationalité du mari est sans effet au regard de la femme. La femme française perd sa nationalité en épousant un étranger, et ne la recouvre pas, lorsque son mari devient français. Depuis 1889, elle peut obtenir la nationalité française sans condition de stage, soit dans le décret qui la confère au mari, soit dans une déclaration reçue conformément à l'art. 9 par le juge de paix du canton, et enregistrée au ministère de la justice.

Aussi, certains auteurs, proposent-ils qu'en cas de mariage, la loi facilite à la femme l'acquisition de la nationalité du mari, mais ne l'impose pas (voir en ce sens, Charmont, op. cit. p. 84). C'est également l'opinion de M. Planiol (T. I p. 299), qui estime que chaque époux pourrait conserver sa nationalité, comme il garde sa famille et sa religion, et qu'il suffirait de permettre à la femme étrangère de devenir française facilement, à la suite de son mariage avec un Français.

Section IV

Effets du mariage relativement à l'acquisition du nom

La femme, après son mariage, porte le nom de son mari. Il n'y a là qu'un usage, qui n'est consacré par aucun texte légal. Cette question a été longtemps discutée par les auteurs. M. Planiol, fait remarquer (T. I p. 146) que le nom indiquant la descendance, la femme n'a pas d'autre nom que son nom de famille, son nom de fille, et que c'est par ce nom qu'elle doit être désignée dans les actes civils et judiciaires qui la concernent ; qu'on doit seulement faire suivre sa qualité de femme mariée du nom de son mari. Il ajoute que l'usage universel de désigner la femme mariée, par le nom de son mari, est une façon abrégée et commode de désigner la femme en rappelant son mariage. Au lieu de faire suivre le mot *femme* du nom du mari au génitif, la formule moderne n'est qu'une formule nouvelle, usitée par politesse. Ce procédé de désignation n'exerce donc aucune influence sur le nom patronymique de la femme mariée.

Partant de ces principes, la jurisprudence avait décidé qu'en cas de divorce, la femme ne peut plus porter le nom de son mari. Elle avait reconnu au mari le droit de contraindre sa femme à ne plus porter son nom et de demander au besoin des dommages intérêts (Lyon 4 mars 1886, D 1889. 2. 9. Poitiers 11 juillet 1892 D 1894, 2. 149). Mais quelques tribunaux avaient estimé que la femme ne perd pas, par le seul effet du divorce le droit de porter le nom du mari, qu'il était possible toutefois de le lui interdire, s'il y avait lieu de craindre qu'elle n'en mésuse, (V. Divers jugements et arrêts D, 1889, 2, p. 9 et 10 et la note de M. Flurer).

Afin de couper court aux incertitudes de la jurisprudence, la loi du 6 février 1893 a ajouté à l'art. 299, un alinéa aux termes duquel « par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom ». Les tribunaux ne peuvent donc plus autoriser la femme à faire encore usage du nom du mari (D 1910, 2 15), et si le mari a joint le nom de sa femme au sien, comme cela se pratique dans certaines régions de la France, il doit également le supprimer. Si l'un des époux s'obstinait à porter le nom de son ancien conjoint, il pourrait, sur la demande de ce dernier, être condamné à des dommages intérêts.

Le législateur aurait dû, semble-t-il faire exception pour le nom commercial, susceptible d'une véritable propriété, et permettre, dans certains cas, l'emploi du nom, pour distinguer la maison et les produits ; mais l'interdire comme signature, pour les engagements personnels de la femme (Bordeaux 3 septembre 1906. D 1907. 2. 73).

La loi du 6 février 1893 a également décidé que le jugement qui prononce la séparation de corps, ou un jugement postérieur, peut interdire à la femme de porter le nom de son mari, ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas ou le mari aurait joint à son nom celui de sa femme, celle-ci pourrait également demander qu'il soit interdit au mari de le porter (art. 311 C. civ.)

Enfin la veuve conserve le nom de son mari décédé, à moins qu'elle ne contracte un nouveau mariage.

Concluons donc que cet usage s'explique non seulement par une raison de simplification et de politesse, mais encore par une idée de dépendance, et un souvenir du temps où la femme perdait sa famille, pour entrer complètement dans celle de son mari, dont elle prenait la condition civile.

Section V

Le devoir de cohabitation

Une autre conséquence de la puissance maritale est l'obligation pour la femme de suivre son mari partout où il juge à propos de résider. (art. 214). La Jurisprudence admet que la femme peut-être ramenée par la force publique au domicile de son mari, mais ce moyen est loin d'être en harmonie avec nos mœurs actuelles. D'autre part, il est impuissant, car si on peut ramener la femme au domicile de son mari, on ne peut l'obliger à y rester en l'enfermant, sans violer le principe de la liberté individuelle.

Ce moyen qui n'est plus usité aujourd'hui a été pratiqué autrefois, puisque de nombreux arrêts se sont occupés de la question. Les tribunaux peuvent prononcer contre la femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal une condamnation à une certaine somme de dommages intérêts par jour de retard pendant un temps

déterminé. (Paris 2 mars 1877. D 1877. 2. 91. et sur pourvoi Req. 26 juin 1878, D 1879. 1. 80., voir également Nîmes 20 février 1862 D 1863. 2. 193). D'autres arrêts ont, il est vrai jugé en sens contraire (Pau, 11 mars 1863, D 1863. 1. 193).

En réalité, la seule sanction pratique de l'abandon du domicile conjugal est une demande en divorce ou en séparation de corps.

Cette obligation de la femme d'habiter avec son mari, n'est pas, sans limites. Le mari doit choisir une résidence fixe ; s'il voulait mener une vie errante, la femme ne serait pas obligée de le suivre. D'autre part, il doit lui offrir un domicile convenable, lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, suivant sa situation de fortune, garantir sa sécurité et sa dignité.

Ajoutons que le devoir de cohabitation étant commun aux deux époux, la femme pourrait se faire ouvrir par un commissaire de police, les portes du domicile de son mari ; qu'elle peut demander des dommages intérêts, si celui-ci refuse de la recevoir ; qu'elle peut enfin pour ce motif demander le divorce ou la séparation de corps.

Section VI

Le droit de surveillance du mari

Le mari a le droit de surveiller les relations personnelles de sa femme, et il peut lui interdire de voir telle ou telle personne. D'après Thibaudeau (mémoires sur le Consulat p. 426) le Premier Consul dit, au cours de la discussion : « Ne devrait-on pas ajouter que la femme n'est pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plait pas à son mari ? »

La Jurisprudence intervint pour réprimer certains abus d'autorité, et il a été jugé qu'un mari ne peut pas priver arbitrairement sa femme de toute relation avec ses proches parents. (Trib. Seine 13 janvier 1870. D 1870. 3. 40).

Le mari a le droit de surveiller la correspondance de sa femme ; il peut intercepter les lettres qu'elle adresse ou celles qu'elle reçoit,

en prendre connaissance et même les supprimer (D 1907. 2. 113). Cependant, si c'est pour lui un droit, parfois même un devoir, grâce à l'accomplissement duquel il pourra soustraire sa femme à des influences dangereuses, il ne doit pas exercer ce contrôle d'une manière blessante sinon ce fait pourrait être considéré comme une injure grave. Il y a là une nouvelle atteinte portée par la Jurisprudence aux prérogatives du mari. L'art. 187 de l'Instruction générale sur le service des Postes, autorise la remise de la lettre au mari, mais exige une ordonnance du juge pour dégager la responsabilité de l'administration ; ceci se produit très rarement en pratique.

Signalons à propos des lettres missives, une autre inégalité entre le mari et la femme. Lors des instances en divorce ou en séparation de corps, la femme ne peut produire de lettres qui émanent de son mari, ou qui lui sont adressées, à moins que cette correspondance soit tombée entre ses mains, sans aucun moyen blâmable. Elle ne peut par exemple produire des lettres interceptées à l'aide de la complicité d'un domestique, chargé de les mettre à la poste ; mais elle peut faire état de celles trouvées ouvertes dans un meuble ou dans la poche d'un vêtement (D 1880. 2.190 — 1885, 2.191 — 1891. 1.311 — 1895, 2.147).

Il était admis, jusqu'à ces dernières années que le mari pouvait, en vertu de son droit de surveillance, produire toutes les lettres adressées par sa femme ou reçues par elle, quelque fût le moyen employé pour se les procurer. Mais la jurisprudence a apporté une restriction intéressante à ce droit (Cass. 5 fév. 1900 D 1901. 1.45), en décidant que les tribunaux peuvent écarter les lettres, présentant un caractère confidentiel, et tombées entre les mains du mari, par un procédé abusif et déloyal.

Ce droit de surveillance doit subir également de sérieuses atteintes, lorsque la femme exerce certaines professions ; notamment lorsqu'elle est avocate, l'obligation du secret professionnel serait inconciliable avec le droit du mari de prendre connaissance de ses lettres d'affaires et de fouiller dans ses dossiers.

Section VII

L'Incapacité de la femme mariée
L'autorisation maritale

Pothier disait que « la nécessité de l'autorisation du mari n'est fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet à sa femme de rien faire, que dépendamment de lui » (Puissance du mari n° 3).

Il résulte cependant de l'examen des textes que notre Code Civil ne s'en est pas tenu au principe ancien, qui l'aurait logiquement conduit à accepter les conséquences suivantes. 1°) Le mari seul aurait eu le droit de faire annuler l'acte irrégulier car si l'ancienne jurisprudence avait reconnu ce droit à tout intéressé, c'est parce que l'autorisation avait un caractère solennel, et que l'absence de solennité rendait l'acte absolument nul. Le Code abandonnant cette forme solennelle, l'action en nullité aurait dû être restreinte au mari, tandis qu'elle est encore ouverte à la femme.

2° Lorsque le mari est interdit ou absent, l'autorisation devrait être inutile ; lorsqu'il est mineur, il devrait pouvoir autoriser sa femme. Le Code décide cependant que dans ces trois cas, l'autorisation du mari doit être remplacée par celle du juge.

3° L'autorisation devrait pouvoir être générale et la ratification donnée après coup par le mari, devrait valider l'acte de la femme. Il n'en est pas ainsi ; l'autorisation doit être spéciale, et donnée au moment de la passation de l'acte ; la ratification du mari n'enlève pas à la femme, le droit de demander la nullité.

L'art. 1124 range la femme mariée parmi les incapables, à côté des fous et des enfants. On pourrait donc au premier abord, penser que l'incapacité protège la femme comme la tutelle protège le mineur. Mais si la loi redoutait l'inexpérience ou la légèreté de la femme cette « animi levitatem » dont parlait Gaius, elle ne lui aurait pas reconnu une aptitude complète à tous les actes de la vie civile. Elle aurait organisé avant et après le mariage tout un système de protection : elle n'aurait pas abandonné la femme lorsque celle-ci contracte avec son mari, lorsqu'elle lui fait une donation ou se porte caution pour lui. Le mari peut être appelé à autoriser sa femme, dans son intérêt personnel contre l'intérêt de son épouse. Or, la loi

protège les incapables, les mineurs par exemple, contre ceux qui sont chargés de la gestion de leurs biens, lorsqu'il y a conflit entre leurs intérêts respectifs. Nous ne trouvons aucune disposition analogue en matière d'incapacité de la femme mariée.

Concluons donc que cette incapacité ne s'explique pas exclusivement par l'une ou l'autre de ces idées mais que le Code a fusionné l'idée coutumière de puissance maritale. et l'idée romaine d'infériorité de la femme. Le désir de faire respecter l'autorité du mari, et l'idée de protection de la femme ont inspiré le législateur de 1804, sans que l'on puisse discerner quelle est celle de ces deux influeuces qui prédomine.

M. Viollet (op. cit. p. 293) fait remarquer que par l'effet d'un travail plus de douze fois séculaire, la femme a vu sa situation juridique s'améliorer sensiblement, mais que ce mouvement ascensionnel n'a pas suivi une marche continue et uniforme. : « Si on examine à ce point de vue, écrit-il, le droit des XI^e^, XII^e^ et XIII^e^ siècles, il semble qu'en ces temps-là, un penseur eût pu légitimement présager à la femme, un avenir d'égalité assez prochain. Au moyen-âge, la femme mariée était sérieusement associée aux affaires et aux intérêts de son mari. Aux termes d'une coutume qui joua au XIII^e^ siècle un grand rôle, la femme mariée, qui se livrait au commerce, pouvait intenter une action judiciaire, sans aucune autorisation de son mari. Dans l'ordre public et politique, elle avait obtenu sur bien des points, le droit de succéder aux fiefs, et s'était trouvée par suite exercer des droits de juridiction. On vit plus d'une fois, les femmes roturières participer avec les hommes, aux élections intéressant la commune.

La Révolution française, qui se donna pour mission l'affranchissement du genre humain, et l'expansion complète de l'individu, se montra nettement hostile, aux revendications féministes. Elle se défia des femmes qu'elle supposa attachées aux idées de l'Ancien Régime.

Bonaparte voulut leur interdire toute action sociale et politique. Si nous en croyons Thibaudeau (Mémoires sur le Consulat p. 426), il aurait dit au Conseil d'Etat : « La nature a fait de nos femmes, nos esclaves ! Le mari a le droit de dire à sa femme « Madame, vous ne sortirez pas ! Madame vous n'irez pas à la Comédie ! Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne ! c'est-à-dire Madame vous m'appartenez corps et âme ! » Et au cours des travaux préparatoires, il insista pour que fut inscrit dans le Code le principe d'obéissance au mari, et pour qu'il fut formellement rappelé au moment de la célébration du mariage.

Nous sommes fort éloignés aujourd'hui de cette conception du mariage et de la puissance maritale ; sous l'influence des idées individualistes et du mouvement féministe, toute une série de réformes législatives ont profondément modifié le régime institué en 1804.

Rappelons tout d'abord que si l'incapacité de la femme est l'effet naturel du mariage, le régime matrimonial adopté par les époux exerce une grande influence, et peut le restreindre ou l'aggraver.

La femme même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. L'art. 217 qui énumère les principaux actes interdits aux femmes mariées, ne leur défend pas de s'obliger par des conventions ; or l'art. 234 de la Coutume de Paris le disait textuellement. Malgré les observations du Tribunat, le mot *Conventions* fut supprimé, parce qu'il y a certaines obligations dont les femmes peuvent être tenues sans l'autorisation de leurs maris ; l'incapacité de s'obliger en général n'est donc pas complète. Beaucoup de commentateurs du Code ont fait remarquer, fort justement d'ailleurs, qu'il eut été préférable de laisser figurer ce mot, dans l'énumération, et indiquer ensuite les exceptions au principe qui n'est cependant pas douteux.

L'art. 220 permet exceptionnellement à la femme, si elle est marchande publique, c'est-à-dire si elle exploite un commerce séparé et non pas si elle ne fait que détailler les marchandises pour le compte de son mari, de s'obliger, sans l'autorisation de ce dernier, mais seulement pour ce qui concerne son négoce.

Les art. 1124 et 1125 déclarent les femmes mariées incapables de contracter. Concluons donc que la femme ne peut sans l'autorisation de son mari, passer toute une série d'actes qui vont depuis les contrats de simple administration (bail, marchés de réparations ou de fournitures) jusqu'à ceux qui présentent les plus graves conséquences (prêt, emprunt, cautionnement, transaction). L'art. 776 dispose en outre que les femmes mariées ne peuvent pas valablement accepter une succession, sans l'autorisation de leur mari ou de justice, car l'acceptation d'une succession fait contracter d'un seul coup toutes les obligations qui grevaient le de cujus.

La femme ne pouvant ni donner, ni aliéner, ne peut faire un contrat de vente, d'échange, effectuer un payement, un partage, renoncer à une succession ouverte, car une renonciation fait perdre la propriété de biens du défunt, acquise de plein droit par l'effet de la dévolution héréditaire. Elle ne peut hypothéquer, constituer des servi-

tudes, des usufruits, et faire en général tous les actes qui impliquent un démembrement de la propriété.

L'interdiction d'acquérir à titre gratuit dérive de l'idée que souvent les dons ou les legs sont grevés de charges, et que même dans les cas contraires, le respect de l'autorité du mari exige que ce dernier approuve les libéralités faites à sa femme par des tiers (art. 934). La femme, ne peut de même acquérir à titre onéreux, car ces acquisitions impliquent toujours une aliénation ou une obligation, qui en forment la contre-partie.

Elle ne peut ester en justice comme demanderesse ou défenderesse, sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune ou séparée de biens, quelque soit la juridiction saisie et la nature de la contestation (art. 215). Cependant cette autorisation n'est pas nécessaire, lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police (art. 216). Rien ne peut en effet empêcher le ministère public d'agir, tandis qu'en matière civile, une conciliation ou même un acquiéscement quand le procès est perdu d'avance, sont souvent préférables. Le mari a donc un droit de contrôle sur les procès que sa femme engage ou qu'on intente contre elle. Mais dans la plupart des cas, il a personnellement l'exercice des actions appartenant à sa femme.

Si la personne lésée par le délit poursuit comme elle le peut, devant la juridiction répressive, la femme qui vient répondre à l'action introduite par le ministère public n'a besoin d'aucune autorisation pour se défendre contre l'action civile, qui présente moins de gravité. Mais si la victime du délit intente une action séparée devant le tribunal civil, la femme a besoin d'une autorisation, car elle n'est plus alors poursuivie, en matière criminelle ou de police.

Le Code reconnaît à la femme le droit de faire un certain nombre d'actes, sans l'autorisation de son mari. Elle peut faire son testament (art. 226 et 905), parce que le testament doit être l'œuvre libre du testateur, et qu'il ne produira d'effets qu'au moment du décès, lorsque la puissance maritale prendra fin. Elle peut seule révoquer un testament déjà fait, une donation faite à son époux, cette donation étant essentiellement révocable (art. 1096 al. 2). Elle peut régler librement le mode de ses obsèques et le lieu de sa sépulture (Loi du 15 novembre 1887. Décret du 27 avril 1889).

La femme peut faire seule les actes conservatoires qui en principe peuvent toujours être faits par les incapables. Citons notamment l'interruption d'une prescription, l'inscription d'une hypothèque, la transcription d'une donation ou d'une vente régulièrement conclue l'apposition des scellés après décès. Elle s'oblige également, sans

aucune autorisation par ses délits, qu'il s'agisse de délits frappés d'une peine ou de ceux sanctionnés seulement par le droit civil. C'est en effet une règle fort ancienne que les incapables qui ont le discernement de leurs actes s'obligent par leurs délits et quasi délits. Lorsqu'une obligation naît de plein droit, d'après la loi, et par suite d'une circonstance involontaire du débiteur, la femme est également obligée, sans qu'on se préoccupe de l'autorisation du mari ; citons le cas de l'enrichissement sans cause, ou de la gestion d'affaires entreprise à son profit par un tiers.

Quand la femme exerce un commerce séparé de celui de son mari, elle obtient une capacité presque entière. Elle peut louer un magasin, vendre, acheter, emprunter, accepter des traites, aliéner ou hypothéquer ses immeubles (art. 220, C. civil et 7 du Code de commerce). Une seule exception a été admise, malgré le silence des textes ; elle ne peut, sans autorisation former une société commerciale avec un tiers. Mais cette capacité exceptionnelle ne lui est accordée que pour ce qui concerne son négoce.

L'autorisation maritale doit être donnée avant ou au moment de l'accomplissement de l'acte ; elle doit être soit expresse, soit tacite, mais le concours du mari dans l'acte est le seul fait valant autorisation tacite (art. 217) (D. 1871. 1. 293 — 1881, 1, 354). Cependant toutes les femmes mariées passent quotidiennement des actes avec les tiers, pour les besoins du ménage, achats de denrées, de vêtements nécessaires à l'entretien des époux et des enfants, louage d'ouvrage de domestiques. Il est certain que le mari qui laisse sa femme contracter des dettes pour les besoins domestiques de la famille est obligé par les engagements de celle-ci ; son patrimoine personnel et celui de la communauté répondent des dettes faites par son épouse, tant qu'il ne lui a pas retiré son pouvoir, et tant que les dépenses restent proportionnées à la situation sociale des conjoints.

On s'est demandé quelle est la nature de ce pouvoir donné à la femme. Si, en effet, elle agit comme mandataire, elle ne s'oblige pas personnellement et n'oblige que son mandant ; si au contraire, elle agit en vertu d'une autorisation, elle s'oblige personnellement et oblige aussi son mari. On considère généralement la femme comme mandataire tacite, c'est-à-dire comme détenant ce pouvoir par le fait du mariage.

Dans l'intérêt des tiers, la jurisprudence décide que si le mari veut révoquer ce pouvoir général, et s'il ne veut plus répondre des dettes que sa femme contractera à l'avenir, il doit le faire, non par un avis collectif dans les journaux, mais par des notifications individuelles aux fournisseurs (D. 1890-2.359 — D. 1891-1.158). Quelques

arrêts reconnaissent cependant au juge une certaine liberté d'appréciation (D 1847, 2.60 ; en cas de séparation notoire D. 1891. 2.257, 1899. 2.309, dans le cas où les fournitures dépassent les ressources du ménage D. 1896. 2.133).

M Planiol (T. 1, 315) pense que l'idée du mandat est contraire à la réalité des choses. « Il y a, écrit-il, un partage naturel de fonctions entre les époux. La femme, en s'occupant des besoins du ménage ne remplit pas le rôle de son mari, mais le sien propre. Elle n'agit donc pas comme mandataire du mari, mais comme son associée, ayant avec lui des intérêts communs ; elle s'oblige en même temps elle-même puisque les intérêts de son mari sont aussi les siens. La femme, en faisant ces différents actes, agit donc à la fois au nom de son mari et au sien, en vertu d'un pouvoir légal ».

L'art. 4 du Code de Commerce se contentant du consentement du mari, le consentement à la différence de l'autorisation n'a pas de formes déterminées et peut résulter d'une simple tolérance.

L'autorisation du mari est toujours révocable. La femme peut également suppléer dans certains cas, au défaut d'autorisation en demandant celle de la justice. Si le mari refuse, sans motif de donner son autorisation, s'il est absent, mineur, interdit, placé dans un établissement d'aliénés, pourvu d'un conseil judiciaire, ou condamné à une peine afflictive ou infamante, l'autorisation maritale est remplacée par une autorisation judiciaire. (Art. 218, 219, 221, 222, 224, C. civ.).

Mais il y a quelques cas où la justice ne peut pas autoriser la femme à défaut par le mari de le faire : c'est le cas où la femme veut accepter les fonctions d'exécutrice testamentaire (art. 1029 C. civ.) sauf si elle est séparée de biens ; c'est également le cas où elle veut faire un compromis (art. 83, 6°, 1004 C. proc. civile). La doctrine et la jurisprudence discutent la question de savoir si la femme qui veut entreprendre un commerce, contracter un engagement théâtral, ou exercer une profession quelconque, peut, en cas de refus de son mari, demander l'autorisation de la justice. (Voir sur la question du commerce : D. 1868. 2.28. D. 1881. 1.225. D. 1869. 3, p. 29 et 30. D. 1870, 2.34. Sur l'engagement théâtral D. 1903. 2,144.) Sur la profession de sage femme S. 1887, 2.117).

Section VIII

L'Incapacité de la femme mariée
Les lois postérieures au Code

§ 1. — *La loi du 6 février 1893*

La loi du 6 février 1893 a étendu la capacité de la femme séparée de corps. La séparation de corps entraînant comme conséquence légale, la séparation de biens (art 311 al.2), la femme recouvre l'administration de ses biens propres et la jouissance personnelle de ses revenus qu'elle peut toucher et dont elle peut disposer, sans en rendre compte à son mari.

Cependant, sous l'empire du code de 1804, malgré la séparation de corps, l'autorité maritale subsistait. La femme séparée avait la capacité limitée de toute femme séparée de biens ; elle pouvait faire seule les actes d'administration passer des baux, recevoir des loyers ou fermages ; mais lorsqu'elle voulait accomplir un acte de disposition, dépassant les limites de sa capacité (aliénation, constitution d'hypothèque, achat d'immeubles, emprunt etc.) elle devait obtenir l'autorisation de son mari, et à défaut l'autorisation de justice. Cette nécessité entraînait des retards et des frais, lorsque le mari refusait de donner un consentement que parfois il voulait se faire payer ; c'était souvent la source de nouvelles discussions qui envenimaient les rapports des époux.

La loi du 6 février 1893 a modifié l'art. 311 du Code civil, et a donné à la femme séparée de corps, le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. Cette loi consacre également la solution antérieurement admise, en décidant que la femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal, le domicile de son mari (art. 108) — Nous avons précédemment indiqué ce qui a trait à l'usage du nom.

§ 2. — *Lois du 9 avril 1881 et du 20 juillet 1895 sur les Caisses d'épargne*

Dans l'Ancien Droit, le mari était seigneur et maître de la communauté. L'art. 225 de la Coutume de Paris disait : « Le mari est sei-

gneur des meubles et conquêts immeubles, en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer et en faire et disposer par donation ou autre disposition entre vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa femme. » Pothier ajoutait même qu'il pouvait abuser de son pouvoir, laisser les prescriptions s'accomplir, dégrader les héritages, briser les meubles, tuer les animaux par brutalité, sans être tenu d'indemniser sa femme. (Communauté n° 470).

De nombreuses critiques s'étaient élevées contre ces pouvoirs excessifs ; le Code de 1804 en tint compte, en apportant de notables restrictions, aux droits du mari. Ceux-ci étaient cependant encore fort considérables.

L'art 1421 dispose que le mari administre seul les biens de la communauté, qu'il peut les vendre, les aliéner ou les hypothéquer sans le concours de sa femme. Il ne peut disposer entre vifs, à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, à moins que ce ne soit pour l'établissement des enfants communs. Mais il peut disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. (art 1422).

Il arrive hélas trop fréquemment, dans la classe ouvrière, que le mari use et abuse des pouvoirs que la loi lui confère. Combien pour se procurer de l'argent, qu'ils vont ensuite dépenser au cabaret, vendent tout ou partie du mobilier, de ces objets indispensables à l'existence ou au travail que nos lois protègent contre les créanciers et déclarent insaisissables. Et lorsque la femme en pleurs va consulter un avocat ou un officier ministériel, celui-ci ne peut que lui répondre : « Votre mari a usé du droit que la loi lui donne ! »

Dans les classes riches ou aisées, ces inconvénients n'existent pas puisque la femme a la garantie de l'hypothèque légale. Elle peut également demander la séparation de biens qui présente un grand intérêt, si elle possède une fortune personnelle qui n'aboutit à aucun résultat pratique, après bien des démarches, si elle vit du produit de son travail

Pour remédier aux abus que nous venons de signaler toute une série de réformes ont été entreprises.

La loi du 9 avril 1881 permit aux femmes mariées, quelque soit le régime de leur contrat de mariage, de se faire donner un livret de caisse d'épargne, d'opérer des dépôts et même des retraits de fonds sans l'autorisation de leur mari. (Voir également la loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites sur la vieillesse art. 13).

Ces textes ne devaient pas porter atteinte au principe de la néces-

sité de l'autorisation maritale. Les auteurs de la proposition avaient formellement déclaré que la femme qui fait ces dépôts, avec de l'argent appartenant à la communauté agissait, non point en son nom personnel, mais comme mandataire tacite de son mari. Ce dernier pouvait donc à son gré, révoquer le mandat, faire opposition au retrait des fonds, et faire rentrer la somme épargnée dans la caisse de la communauté, dont juridiquement elle n'avait jamais cessé de faire partie. Mais la loi ne disait pas comment le mari devait faire opposition. On aurait pu penser qu'il n'avait qu'à se présenter au guichet de la caisse d'épargne, et à faire connaître son identité pour retirer les fonds dont il était propriétaire, s'il était marié sous le régime de communauté légale. Mais les caisses d'épargne, obligées d'assurer la régularité de leurs opérations, ne connaissent pas d'autre propriétaire que la personne dont le nom figure sur le livret.

On aurait pu concevoir que l'opposition, véritable révocation du mandat tacite pouvait être signifiée sous une forme quelconque. Les caisses d'épargne exigèrent une opposition régulière par acte d'huissier. L'opposition n'avait d'ailleurs d'autre effet qne de frapper d'indisponibilité les sommes déposées par la femme ; pour en obtenir le remboursement, le mari devait justifier du consentement de sa femme ou de l'autorisation de justice. Il devait donc engager une action contre l'administration, en mettant sa femme en cause. Il en résultait pour lui bien des complications et bien des frais devant lesquels il reculait souvent.

Les caisses d'épargne avaient dépassé leurs pouvoirs, en modifiant ainsi d'une façon indirecte les règles du régime de communauté (D 1900. 2.126 et la note) La loi de 1881 n'avait porté aucune atteinte aux pouvoirs du mari, qui comme chef de la communauté pouvait disposer des sommes déposées par sa femme.

La loi du 20 juillet 1895 a mis fin à la controverse, en organisant et en facilitant le droit d'opposition du mari. L'art. 16 décide que l'opposition faite par le mari est dénoncée par l'Administration à la femme par lettre recommandée, et celle-ci a un mois pour se pourvoir devant la justice. A l'expiration de ce délai, le mari peut retirer seul les sommes déposées par sa femme, si son contrat de mariage l'y autorise (Dijon 20 décembre 1905 D 1906. 2.327).

La situation de la femme est donc désormais moins favorable ; elle doit se pourvoir, engager une procédure, tandis que le mari n'a qu'à signifier son opposition et attendre le délai d'un mois.

Cependant aux termes d'une circulaire en date du 24 juillet 1895, adressée par le Ministre du Commerce aux directeurs des Caisses d'Épargne, si à l'expiration du délai d'un mois, la femme

n'a formé aucun recours, le mari, pour obtenir le remboursement des sommes déposées, doit remplir un certain nombre de conditions. 1° Il doit produire le livret de sa femme ; et le remboursement ne peut être effectué si la femme conserve le livret ou le cache. Les Caisses d'Épargne refusent de délivrer un duplicata du livret dissimulé puisqu'il n'est ni perdu, ni détruit, ni volé, et qu'il se trouve entre les mains de la titulaire. 2° Le mari doit établir son identité, et justifier que son contrat de mariage lui donne le droit de retirer les fonds. Pour cela il doit produire l'expédition de l'acte de mariage, du contrat de mariage ou établir qu'il s'est marié sans contrat. En cas de divorce on de séparation de corps, un certificat de propriété délivré par le notaire fera connaître celui des deux époux qui a droit au remboursement, en visant le jugement ou l'acte de liquidation de reprises.

La circulaire indique en terminant qu'il pourra être exigé telles autres justifications complémentaires qui paraîtraient nécessaires. Ajoutons que si l'opposition n'est pas suivie, dans un délai de cinq ans d'un remboursement ou d'une main levée, et si elle n'est pas renouvelée avant l'expiration de ce délai elle est rayée d'office. Par suite de toutes ces formalités, les remboursements entre les mains du mari sont relativement rares.

Il faut, remarquer d'autre part, que si le mari peut s'opposer au retrait des fonds, il ne peut s'opposer au dépôt. La femme peut ainsi puiser dans la caisse commune, et se constituer ainsi un petit pécule avec des sommes qui appartieuneut à la communauté.

§ 3. — *La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage.*

La loi du 9 avril 1881 complétée par la loi du 20 juillet 1895, avait permis aux femmes mariées de posséder presque un véritable droit propre sur les sommes versées dsns les Caisses d'Épargnes. Celles-ci se prétendant tenues au secret envers le mari, ce dernier peut ignorer si sa femme a de l'argent déposé et dans quelle caisse ; et d'autre part, il n'a aucun moyen de s'opposer au dépôt. Il y avait donc déjà, par suite de l'application de ces lois de véritables entraves apportées aux abus d'un mari paresseux ou ivrogne.

Cependant une réforme plus générale s'imposait. Il fallait protéger directement les gains de la femme, qui exerce un métier ou une profession et remédier aux inconvénients résultant de l'application stricte du Code Civil. En effet sous le régime de communauté légale, le salaire de la femme mariée faisait partie de l'actif com-

mun ; et s'il était presque toujours versé entre les mains de la femme, mandataire tacite de son mari, ce dernier n'aurait usé que de son droit, en exigeant que le patron le lui remit personnellement. Il arrivait trop souvent qu'après avoir dépensé toute sa paye au cabaret, le mari obligeait sa femme à se dessaisir du petit pécule patiemment mis de côté, en vue d'une dépense prochaine, du payement du loyer par exemple, et qui aurait parfois suffi à assurer l'existence pendant les mauvais jours.

La réforme opérée par la loi du 13 juillet 1907 est le résultat d'un mouvement féministe ; elle a pour origine un projet préparé en 1893 par Mlle Jeanne Chauvin, sur la demande de la Société l'Avant-Courrière, à l'imitation d'une loi danoise.

La loi de 1907 retire au mari tout pouvoir sur les gains et salaires personnels de sa femme ainsi que sur les économies réalisées par celle-ci. L'art. 1er pose, tout d'abord le principe que la loi s'applique sous tous les régimes, et déclare nulle par avance, toute clause contraire portée au contrat de mariage. Le législateur craignit à juste titre qu'une semblable clause ne devint de style et que par suite, la réforme fut plus apparente que réelle. La femme acquiert un droit propre, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, sans qu'une distinction soit faite entre le salaire de l'ouvrière, les appointements de l'employée, les bénéfices de la commerçante, et le traitement de la femme fonctionnaire.

S'il y a communauté ou société d'acquets, ces biens appelés « *biens réservés* » font partie de l'actif commun, et entrent dans le partage de cet actif. Au contraire, sous les régimes qui ne comportent ni communauté, ni société d'acquets, ces biens restent propres à la femme. (Art. 5).

Sous tous les régimes, la femme a seule qualité pour toucher son salaire ou ses autres gains ; elle a sur ses biens réservés une large capacité, puisqu'elle a les droits d'administration que l'art. 1449 donne à la femme séparée de biens. La réforme va même au delà. Aux termes de l'art. 1er, la femme peut en effet faire emploi des sommes amassées par elle et acheter, sans être autorisée ni du mari, ni de justice, des biens meubles ou immeubles. Elle peut aliéner librement les biens qu'elle a acquis, les hypothéquer ; seul lui est interdit le droit de faire des libéralités, car la loi parle des aliénations à titre onéreux. Enfin elle peut ester en justice sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus sur les biens réservés (art 6).

L'art. 3 dispose que les biens réservés à l'administration de la

femme pourront être saisis par ses créanciers. Ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui, dans l'intérêt du ménage alors que dans le régime adopté, ils auraient dû, antérieurement à cette loi, se trouver entre les mains du mari. La preuve que la dette a été contractée par le mari dans l'intérêt du ménage incombe au créancier. Par ailleurs, le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'art 1er mais sans autorisation maritale.

La loi a voulu cependant réserver un recours au mari, et celui-ci peut obtenir le retrait des pouvoirs accordés à sa femme, lorsque celle-ci se rend par exemple coupable de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion. Il peut faire prononcer le retrait total ou partiel de ses droits, par le tribunal civil du domicile conjugal, qui statue, en chambre du conseil, en présence de la femme ou elle dûment appelée, le ministère public entendu. En cas d'urgence, le président de ce tribunal, peut même, par ordonnance de référé, lui donner l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers (art 2). Le jugement rendu est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel et sans caution ; il peut être rapporté, même quand il est devenu définitif si la situation respective le justifie (art 10). Il est regrettable que le législateur de 1907 n'ait pas songé à organiser une publicité pour cette révocation des pouvoirs de la femme, que les tiers auraient le plus grand intérêt à connaître.

Il fallait logiquement admettre qu'en cas de renonciation à la communauté la femme perdant tout droit à la communauté perd également tout droit à l'actif. Mais la solution tendant à la priver de ses économies parut bien dure. L'art. 5 décide donc que si elle renonce à la communauté, elle gardera ses biens réservés francs et quittes de toutes dettes, autres que celles dont elles étaient antérieurement le gage, en vertu de l'art. 3. Au contraire, sous les régimes qui ne comportent ni communauté, ni société d'acquets, les biens sont propres à la femme.

Enfin les art. 7, 8, 9 et 10 de cette loi organisent toute une procédure qui permet à l'époux, dont le conjoint ne subvient pas spontanément, et dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, d'obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir arrêter et de toucher des salaires de ce conjoint, une part en proportion de ses besoins. Une lettre recommandée du greffier convoque les époux devant le Juge de Paix ; ils doivent comparaître en personne,

à moins de justifier d'un empêchement absolu. La signification du jugement faite au conjoint et aux tiers débiteurs à la requête de l'époux qui en bénéficie, lui vaut sans autre procédure attribution des sommes dont la saisie à été autorisée. Le jugement est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel, et sans caution ; devenu définitif, il peut être modifié, si la situation le justifie.

Tel est dans l'ensemble, le système adopté par la loi de 1907. Cette réforme est-elle suffisante ? M. Planiol (T. III p. 63) fait remarquer que la mainmise du mari sur les gains de la femme est une question de mœurs, plutôt qu'une question de droit, et que le danger se produira toujours, quel que soit l'état de la législation. D'autres auteurs pensent qu'il est nécessaire de sanctionner d'une façon plus énergique les obligations des époux et leurs devoirs envers leurs enfants , et que la saisie arrêt telle qu'elle est organisée par la loi de 1907, est trop souvent inefficace. Il suffit en effet pour échapper à la saisie du salaire de changer de domicile ou d'atelier, et la procédure si simple soit-elle est à recommencer.

M. Charmont (les Transformations du droit civil. Le régime des biens de la femme mariée) souhaite l'adoption d'une mesure plus énergique empruntée au droit pénal, et consistant en une peine d'emprisonnement contre le mari qui néglige de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants mineurs. Il cite notamment l'exemple d'un certain nombre de législations étrangères. (Loi de l'Etat de Massachussets. Loi norvégienne. Code pénal de Neuchâtel) : « Nous sommes bien loin de croire, écrit-il, que des sanctions pénales suffisent à tout ; mais de ce que leur action est imparfaite, il ne faut pas conclure qu'elle soit sans effet. Les causes d'un phénomène social sont toujours infiniment complexes. On ne peut les supprimer toutes ; on peut du moins modifier ou influencer quelques unes d'entre elles. Or il ne paraît pas douteux qu'une des causes de l'abandon de famille, c'est son impunité ».

§ 4. — *Conclusion.*

Nous avons montré précédemment que dans la famille, comme dans toute société, il faut un chef, investi d'une certaine autorité, dont la voix prépondérante, décide en dernier ressort. Nous avons constaté que sous la pression des idées féministes et individualistes, l'incapacité de la femme mariée tend chaque jour à diminuer, et même à disparaître.

Mais il ne faudrait pas conclure de toute cette évolution législative, et des tendances qui se manifestent, que ce que M. Janet disait

naguère de la famille française n'est plus vrai de nos jours. Nous pensons avec lui que si l'égalité morale est la condition d'une famille heureuse, elle peut se concilier avec l'inégalité du commandement : « Il est beau de voir, écrit-il (op. cit. : Le chef de famille), dans un ménage bien réglé, l'homme et la femme délibérer en commun sur les intérêts de la famille, sans arrière pensée, sans rivalité de domination, prendre en commun les résolutions sans que l'on puisse dire à qui elles appartiennent, et de qui vient l'initiative ; et en cas de dissentiment s'en rapporter naïvement à la voix prépondérante du chef de famille, privilège dont l'un jouit sans orgueil, et que l'autre accepte sans humiliation ».

APPENDICE

La loi du 3 juillet 1915 sur l'autorisation maritale, en temps de guerre

Par suite de la mobilisation générale décrétée le 2 août 1914, un nombre considérable de chefs de famille avaient abandonné leurs foyers pour rejoindre leurs corps. Beaucoup crurent à ce moment à une guerre de quelques mois, devant se terminer par une rapide et éclatante victoire. Hélas, ces espérances, qui n'étaient pas partagées par un certain nombre d'esprits clairvoyants et avertis, ne tardèrent pas à être déçues. On se rendit compte que si la Victoire devait sans aucun doute couronner les efforts de la France et de ses Alliés, la guerre allait être longue, et qu'il faudrait tenir pendant plusieurs années peut-être.

La loi du 3 juillet 1915 intervint pour remédier aux difficultés que pouvait faire naître, au point de vue juridique, cet éloignement du chef de famille. Elle modifia pendant la durée de la guerre, les dispositions relatives à l'autorisation des femmes mariées en justice, et à l'exercice de la puissance paternelle.

De sérieuses difficultés surgissaient, en effet du jeu même des principes relatifs à la nécessité de l'autorisation maritale. Aux termes des art. 218, 219 et 222 du Code civil, si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement ou à contracter, s'il est interdit ou absent, le juge peut donner l'autorisation. Mais le mari qui

est aux armées n'est pas absent, au sens juridique du terme, il est seulement non présent.

« Par suite de la mobilisation et de l'éloignement du mari, appelé sous les drapeaux, écrit M. le Sénateur Guillier dans son rapport (25 mars 1915. Annexes n° 118. J. off. du 15 avril 1915, p. 43), la femme peut être dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation de son époux, ou tout au moins la nécessité de la provoquer et les retards que cette formalité imposerait, entraîneraient dans un grand nombre de cas les plus sérieux inconvénients ».

Le Gouvernement reprit, sinon textuellement, du moins dans son esprit, les dispositions du décret du 14 décembre 1870 (D 1871 4, 11), qui avait remédié à une situation analogue. Aux termes de l'art. 1er, la femme qui était dans l'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale, par suite de la guerre, pouvait se pourvoir de l'autorisation de justice, conformément à l'art. 863 du code de procédure civile. Sur simple requête présentée au Président du tribunal civil, après communication au ministère public et après rapport d'un juge commis, elle pouvait obtenir du tribunal l'autorisation nécessaire.

On sait que l'autorisation de justice, donnée conformément à l'art. 863, n'est pas l'équivalent de l'autorisation du mari. Ainsi le créancier de la femme, qui a une action contre la communauté, si le mari a donné lui-même l'autorisation, est privé de cette action, en cas d'autorisation de justice, conformément à l'art. 1426 du Code Civil.

La loi ne faisait pas allusion, au mandat tacite de la femme mariée ; mais la jurisprudence admettant qu'il subsiste, malgré la séparation de fait des époux, il subsistait à plus forte raison, dans le cas de séparation indépendante de leur volonté.

Enfin la loi était seulement applicable dans le cas d'urgence reconnu par la justice. Le seul fait de la mobilisation du mari ne justifiait pas la substitution de l'autorisation de justice à son autorisation personnelle. L'art. 1er visant le cas, où une femme mariée est dans l'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale, par suite de la guerre, il y avait lieu d'appliquer les dispositions légales, non seulement lorsque le mari était mobilisé, mais encore lorsque se trouvant en pays ennemi il n'avait pu rentrer en France, ou lorsqu'il était resté dans une région envahie du Nord ou de l'Est. Inversement, le mari étant mobilisé dans une localité de l'intérieur, ou se trouvant dans un dépôt ou dans une ambulance, sa mobilisation pouvait ne pas constituer l'impossibilité prévue par la loi. Ces divers cas étaient laissés à l'appréciation de la justice.

Section IX

La Prédominance du mari, quant à l'administration des biens communs. Les projets de réformes

Sous le régime de communauté, sous le régime dotal, ou sous le régime sans communauté, les biens de la femme sont administrés par le mari. Séparée de biens par contrat, ou par jugement soit de séparation de biens, soit de séparation de corps (puisque la séparation de corps entraîne toujours la séparation de biens), la femme conserve la libre administration de son patrimoine.

Le régime de beaucoup le plus répandu en France est celui de la communauté. Pendant longtemps, il a été difficile sinon impossible d'être fixé sur la répartition des régimes dans notre pays. Une enquête entreprise en 1876 a dû être abandonnée, par suite de l'opposition passive des notaires. La question posée à nouveau en 1886 à la Sorbonne, au Congrès des Sociétés Savantes resta sans réponse. En 1898, l'Administration de l'Enregistrement fit dresser une statistique des contrats de mariage (Bulletin de statistique février 1899 p. 141). Il fut alors établi que les cinq septièmes environ des gens mariés, se trouvaient placés sous le régime de la communauté légale. Sur 287.179 mariages célébrés en 1898, 82.346 seulement avaient été précédés d'un contrat, sur lesquels 68.412 stipulaient l'adoption de la communauté avec ses diverses modalités, alors que le nombre des contrats de régime dotal atteignait seulement 10.112.

On s'est demandé si ce régime mérite la situation prépondérante que lui a faite le Code Civil, en l'adoptant comme régime légal, c'est-à-dire comme régime des gens qui se marient sans contrat. Les partisans du régime dotal firent valoir, au moment de la rédaction du Code la nécessité de protéger efficacement la femme contre le mari, qui pouvait trop facilement la ruiner. La communauté, leur apparut en outre comme un régime injuste pour le mari, qui l'enrichit par son travail, et dont la femme est appelée, au moment de la liquidation, à prendre la moitié.

La communauté l'emporta cependant, car elle correspond bien à nos mœurs nationales. Dans les ménages qui exploitent un petit

commerce, ou une petite industrie, la femme travaille presque autant, sinon plus que son mari ; en tous cas, c'est son travail domestique qui permet à ce dernier, de ne s'occuper que de ses affaires. Dans les classes riches ou aisées, une femme économe conserve ce que le mari gagne. Serait-il juste que de cette collaboration directe ou indirecte, il ne revienne rien à la femme ? On ajoutait, à cette époque que le droit successoral ne donnait à la femme, qu'un rang très éloigné, elle n'était alors préférée qu'à l'Etat. Cette situation regrettable devait être compensée par le régime matrimonial.

On reprochait au régime dotal, les entraves considérables qu'il apportait dans les affaires, par suite de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, et des fraudes rendues possibles à l'égard des tiers, lorsque la femme ayant vendu ou hypothéqué son immeuble dotal demandait ensuite la nullité de l'aliénation ou de l'hypothèque.

Le régime de communauté triompha, et fut consacré comme régime légal par l'art 1400 du Code Civil.

De nos jours, on se demande s'il faut maintenir la communauté comme régime légal en France. Certains estiment que c'est le régime le plus connu et le plus accepté,que c'est lui qui correspond le mieux au but et à l'idée du mariage. D'autres affirment au contraire que ce régime a de graves inconvénients, qu'il sacrifie les droits de la femme, en confiant uniquement l'administration au mari, qui autrefois était « seigneur et maître de la communauté » et qui aujourd'hui a encore des pouvoirs très étendus. De plus ce régime est très compliqué, rapproche trois catégories de biens entre lesquels il faut maintenir des distinctions et impose le nécessité d'une liquidation.

En Europe, le domaine de la communauté est de plus en plus restreint. Le Code Civil allemand a fait de « l'union des biens » qu'on appelle encore « Communauté d'administration » le régime légal de l'Empire, alors qu'auparavant, la Communauté constituait le droit commun, pour plus de la moitié de l'Allemagne. Ce régime ressemble assez à notre régime sans communauté ; le mari a tous les revenus sauf déduction de ce que la femme gagne par son travail. Elle conserve sa capacité, et son indépendance ; elle est assurée par une sorte de bien réservé légal ou conventionnel.

La séparation de biens est actuellement le régime légal de l'Angleterre, de l'Italie... et de la Russie. (?)

Un certain nombre d'auteurs demandent aujourd'hui que le régime de séparation de biens soit adopté comme régime légal. Il réserve en effet à chaque époux la propriété, l'administration, et la jouissance des biens qui lui appartiennent ; chacun d'eux contribue

aux charges du ménage et conserve exclusivement le bénéfice de ses économies. Ce régime rallie les préférences du parti féministe, parce qu'il réalise pour la femme, le maximum d'indépendance.

Le régime de communauté, nous disent ses adversaires, est en opposition absolue avec l'institution du divorce. L'indépendance de la femme est la condition et le corollaire de la liberté individuelle que représente le principe du divorce.

M. Valensi (op. cit. — Les conséquences de l'élargissement du divorce p. 295 et suivantes) rappelle, que nous ne devons pas être surpris de la situation inférieure faite à la femme mariée en 1804. Les Rédacteurs du Code admirent le divorce, à contre cœur ; et d'autre part l'esprit qui présida à l'élaboration des lois du Consulat et de l'Empire n'était plus l'esprit de liberté qui avait animé d'une ardeur si généreuse les premières années de la Révolution. Une nouvelle conception du droit, basée sur une admiration excessive du droit Romain, et provoquée par des tendances politiques nettement accusées, poussa le principe d'autorité jusqu'à ses conséquences extrêmes.

Cet auteur, et les partisans de son système, pensent que le législateur de 1884 qui a rétabli le divorce, aurait dû être logique, et atténuer cette incapacité de la femme.

Cette relation entre le divorce et la condition de la femme mariée avait été nettement aperçue par le premier projet du Code Civil rédigé par Cambacérès, à la demande de la Convention. Ce projet avait aboli la puissance maritale et reconnu, en conséquence à la femme mariée, l'entière capacité de contracter sans l'autorisation de son mari ou de justice. Il admettait encore, il est vrai, la communauté comme régime légal, mais il consacrait formellement le principe d'égalité dans l'administration des biens. Tout acte emportant vente, engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre, ne devait pas être valable s'il était consenti par l'un ou par l'autre des époux. Les actes ayant pour objet de conserver les droits communs ou individuels des époux pouvaient être faits séparément par chacun d'eux.

Ce projet étendant la capacité de la femme mariée et ses droits dans l'administration des biens communs, était en harmonie avec la législation de 1792, qui avait donné une très grande extension au divorce.

Rationnellement, écrit M. Valensi, à une loi instituant, ou élargissant le divorce, doit correspondre nécessairement une législation libérale, qui reconnaisse à la femme, une capacité sinon com-

plète, du moins très large et une initiative égale ou à peu près à celle du mari, dans la gestion de leurs intérêts respectifs.

D'autres auteurs ajoutent que la multiplication des cas de divorce est une perpétuelle menace pour la sécurité de l'avenir de la femme. Aussi la prudence exige-t-elle qu'elle se rende compte des exigences de la vie pratique, afin qu'elle puisse plus tard, si les circonstances l'y obligent, administrer sa fortune, celle de ses enfants, et pourvoir à l'entretien de sa famille. Un véritable apprentissage lui est donc nécessaire ; l'extension de sa capacité juridique et son indépendance à l'égard du mari lui en tiennent lieu (Sur le parallélisme entre l'élargissement du divorce et l'accroissement des droits de la femme mariée. V. Turgeon. Le féminisme français).

Les partisans de ce système demandent donc que la séparation de biens soit adoptée comme régime légal en France. Ils déclarent qu'elle ne mettra pas obstacle à la communauté d'intérêts que la présence d'enfants suffirait à elle seule à faire naître. Dans les cas de séparation de biens conventionnelle, c'est-à-dire stipulée par contrat de mariage, la femme confie bien souvent, en fait, l'administration de sa fortune à son mari, dès qu'elle a reconnu son dévouement.

Ils invoquent aussi un argument historique dont nous ne méconnaissons pas la valeur. La communauté du droit coutumier différait notablement de celle d'aujourd'hui, parce qu'elle ne comprenait pas toutes les valeurs que nous y faisons maintenant rentrer, à cause de leur caractère mobilier. L'ancienne distinction des meubles et des immeubles excluait de la communauté presque toutes les valeurs importantes. Par suite de la classification nouvelle des biens dans le Code Civil, et de l'accroissement extraordinaire de la fortune mobilière au cours du siècle dernier, la différence entre l'ancienne communauté du droit coutumier et la communauté légale du Code Civil s'est tellement accentuée que l'on peut presque dire que si c'est encore le même nom, ce n'est plus la même chose.

Enfin on cite l'exemple de certaines législations étrangères, notamment celles des pays anglo-saxons et de l'Italie, qui ont admis la séparation de biens comme régime de droit commun, et où on professe cependant le plus grand respect pour le foyer domestique.

Il faut donc étendre la capacité de la femme mariée, et lui assurer son indépendance dans l'administration de sa fortune personnelle.

Nous n'accepterons pas les yeux fermés, la thèse de ceux qui mettent toutes leurs espérances dans l'adoption du régime de séparation de biens, et nous pensons que cette réforme sacrifierait le vé-

ritable intérêt de la femme. Il est fréquent en effet que celle-ci aide effectivement le mari dans ses affaires ; souvent, par ses économies, elle contribue à amasser une petite fortune. Avec la séparation de biens elle ne retirerait aucun avantage de sa précieuse collaboration ; par exemple, en cas de décès du mari, elle se verrait privée de cette moitié des biens, à laquelle elle aurait eu droit sous le régime de communauté. Il est vrai, que les partisans du système que nous repoussons. lui accorderaient un fort droit de succession, qui serait fixé par exemple à la moitié de la fortune du de cujus.

Malgré toutes les objections formulées contre la communauté, nous estimons que ce régime répond mieux que tous les autres à l'idéal du mariage ; qu'il est la conséquence de la communauté d'existence, et que, comme on l'a dit bien souvent, l'union des bourses favorise l'union des cœurs. Nous craignons que la séparation de biens entraînant une disjonction des patrimoines, affaiblisse l'esprit de solidarité qui doit régner dans toute famille. Mais nous pensons que si l'on entreprenait la revision du Code Civil, il vaudrait mieux adopter comme régime légal, le régime de communauté réduite aux acquets, beaucoup plus juste et plus conforme à l'intention des époux, que la communauté légale.

Comme son nom l'indique, la communauté réduite aux acquets est un régime sous lequel l'association des biens se trouve restreinte aux acquisitions réalisées pendant le mariage avec les revenus des biens propres, ou grâce à l'industrie des époux. Cette clause restrictive est surtout très usitée, depuis le développement de la fortune mobilière. Dans notre Ancien Droit, presque toutes les valeurs importantes, les offices, les rentes n'étaient pas considérées comme meubles. Au contraire si de nos jours, une personne, qui possède beaucoup de valeurs mobilières, épouse une personne qui est propriétaire d'un certain nombre d'immeubles, et si elle ne fait pas de contrat de mariage ou si elle adopte dans son contrat le régime de communauté légale, le mariage lui fait perdre la moitié de sa fortune, et ne lui fait pas acquérir la plus petite partie de celle de l'autre conjoint.

Ce grave inconvénient est évité en faisant un contrat de mariage par lequel on exclut ce mobilier de la communauté. Le régime de la communauté réduite aux acquets crée entre les époux une association d'intérêts puisqu'ils mettent en commun leurs revenus provenant soit de leurs biens propres soit de leur travail ; cette association ne nuit pas à l'un au profit de l'autre.

Presque tous les contrats de communauté sont des contrats de communauté d'acquets. En 1898 sur 68412 contrats ayant adopté le

principe de la communauté, 67288 portaient la clause de réduction aux acquets ; 866 contrats seulement avaient adopté le régime légal. La faveur dont jouit ce régime dans la pratique doit engager le législateur à en faire le régime légal car il ne faut pas oublier que la rédaction d'un contrat de mariage est une formalité longue et coûteuse pour la grande majorité de la population, qui par conséquent, est actuellement privée des avantages que nous avons signalés (Voir Tissier. De la communauté d'acquets, envisagée comme régime de droit commun.

ANNEXE

Le droit successoral de la femme mariée

Le Code Civil de 1804 n'avait donné au conjoint survivant qu'un rang fort éloigné dans la dévolution de la succession. Il venait après tous les membres de la famille même après les enfants naturels ;et n'était préféré qu'à l'Etat.Dans l'Ancien Droit, on partait du principe que le système successoral était fondé sur les liens du sang, et le conjoint survivant n'était pas parent. D'autre part divers avantages dérivaient pour lui, du régime de communauté et des gains de survie, notamment du douaire, établi au profit de la femme, dans les pays de coutumes. La quarte du conjoint pauvre instituée par Justinien, au profit de l'époux survivant, sans biens personnels, subsistait dans les pays de droit écrit. Mais le douaire et la quarte du conjoint pauvre disparurent lors de la rédaction du Code Civil ; et la situation faite au conjoint survivant parut d'autant plus choquante que le principe de la dévolution successorale repose aujourd'hui sur l'affection présumée du défunt.

Au cours du XIX^{e} siècle, toute une évolution législative n'a cessé de remèdier à cette injustice choquante (1).

La loi du 14 juillet 1866 sur les droits d'auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques reconnaît dans son art. 1er au conjoint survivant la jouissance des œuvres du prédécédé. C'est un droit d'usufruit qui est refusé lorsqu'il existe une séparation de corps, prononcée contre le conjoint, et qu'il perd lorsqu'il se remarie.

La loi du 25 mars 1873 permet à la veuve survivante de succéder à son mari, déporté à la Nouvelle Calédonie, en concours avec les héritiers, même avec les enfants, tant pour la concession accordée au condamné que pour les autres biens acquis dans la colonie. Elle lui reconnaît le droit à un tiers en usufruit, en présence de descendants légitimes ; la moitié en propriété, quand il n'y en a pas (art. 13 et 14), Mentionnons également le décret du 31 août 1878 concernant les veuves de condamnés à la transportation modifié par le décret du 18 janvier 1895, qui donne à la veuve la moitié de la concession en usufruit quand il y a des enfants et le total en propriété quand il n'y en a pas.

Enfin, à la suite d'une vaste enquête au cours de laquelle furent

(1) La veuve du fonctionnaire a droit à une pension de retraite égale au tiers de celle que le mari avait obtenue ou à laquelle il aurait eu droit. V. les art 13 et suivants de la loi du 9 juin 1853, concernant les divers cas prévus.

consulter la Cour de Cassation, les Cours d'Appel, et les Facultés de droit, fut votée la loi du 9 mars 1891.

Aux termes du nouvel art. 767, le conjoint survivant, quand il concourt avec des parents légitimes ou naturels, n'a droit qu'à un usufruit à condition qu'il ne soit pas divorcé ou qu'il n'existe pas contre lui un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée. Ce droit porte sur la moitié des biens, quand il n'y a pas d'enfants ; mais seulement sur le quart des biens quand il y a des enfants. Lorsqu'il existe des enfants issus d'un précédent mariage le conjoint ne peut obtenir plus d'une part d'enfant légitime le moins prenant, si cette part est inférieure au quart (art. 767 et 1098.)

La loi du 9 mars 1891 faisait perdre au conjoint son usufruit, lorsqu'il se remariait, mais seulement s'il existait encore des descendants du défunt ; cette disposition a été supprimée par la loi du 3 avril 1917 dans le but de favoriser les secondes noces.

Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, le conjoint seul héritier recueille en pleine propriété la succession tout entière.

La loi du 31 mars 1919 a reconnu le droit à la pension pour les veuves des militaires et marins dont la mort a été causée par des blessures reçues au cours d'événements de guerre, par des accidents ou autres d'accidents éprouvés par le fait ou à l'occasion du service, ou par des maladies contractées ou aggravées à la suite de fatigues survenues par le fait ou à l'occasion du service (art 14). Le droit à pension n'existe que si le mariage est antérieur, soit à la blessure, soit à l'origine ou à l'aggravation de la maladie. Il y a cependant une exception en faveur des femmes qui ont épousé un mutilé atteint d'une invalidité égale ou supérieure à 80 0/0. Elles auront droit à une pension de réversion si leur mariage a été contracté dans les deux ans de la réforme de leur époux, ou de la cessation des hostilités, et si ce mariage a duré une année ou a été rompu par la mort accidentelle de l'époux. Le législateur a voulu à juste titre favoriser le mariage des grands blessés et leur assurer un foyer ; il n'a pas voulu encourager les mariages in extremis conclus dans l'espoir de bénéficier d'une pension.

Le défaut d'autorisation militaire en ce qui concerne le mariage contracté par les militaires ou marins, en activité de service n'entraîne pas pour leurs ayants cause, perte du droit à pension. Au contraire la loi du 11 avril 1831, (art 19) disposait que le mariage des militaires et marins n'ouvrait de droits à pension aux veuves et enfants que lorsqu'il avait été autorisé dans les formes prescrites.

La veuve qui contracte un second mariage peut, à l'expiration de

l'année qui le suit, renoncer à sa pension. Dans ce cas, elle a droit au versement d'un capital représentant trois annuités de cette pension, et si le défunt a laissé des enfants mineurs, la pension est transférée sur leur tête, jusqu'à la majorité du dernier d'entre eux (art. 18). Si la veuve qui se remarie, et qui conserve sa pension, a des enfants mineurs nés de son mariage avec le décédé, la jouissance de la moitié de la pension est déléguée à ses enfants, jusqu'à la majorité du dernier d'entre eux.

Cet article maintient donc le droit à la pension, pour la veuve remariée, ainsi que le faisait la législation antérieure. Certains députés avaient pensé que le maintien de la pension à la veuve remariée n'était pas fondé, et divers amendements avaient été déposés en ce sens. M. Lefas, Président de la Commission des pensions de la Chambre demandait en cas de remariage de faire passer la pension directement sur la tête des enfants mineurs nés du mariage avec le soldat décédé : « Ce que la Chambre doit avant tout à l'homme tombé au Champ d'honneur, disait-il, ce n'est pas de fournir une dot à sa femme pour se remarier : c'est d'élever ses enfants.... Il y a en France peut être 200.000 femmes qui, après la guerre, ne trouveront pas de mari français. Avez-vous le droit de primer, au détriment du Trésor, les veuves, pour qu'elles soient préférées dans les mariages futurs aux jeunes filles et pour que la France ait moins d'enfants ? »

Mais M. Bonnevay, député, s'empressait de rappeler la loi du 3 avril 1917, abrogeant le dernier alinéa de l'art. 767, et d'après laquelle en cas de nouveau mariage, la femme, même ayant des enfants du premier lit, conserve un droit d'usufruit légal sur les biens de son premier mari : « Vous allez pénaliser le mariage ! dit-il, donner en quelque sorte une prime au concubinage et au compagnonnage ! Nous légiférons, non pas en vue d'une moralité supérieure, devant conduire ceux qui la pratiqueront aux restrictions les plus complètes, mais pour les mœurs publiques ou privées de l'heure actuelle. Croyez-vous pouvoir supprimer l'industrie des coureurs de pension ? Il leur suffira de vivre en compagnonnage, au lieu de se marier, pour conserver à la fois la pension et la femme..... Si vous voulez vraiment maintenir dans ce pays ce principe, qu'à la base de l'organisation sociale se trouve le mariage, que le mariage est une institution que l'Etat doit encourager, la première mesure à prendre est de ne pas le pénaliser, en supprimant pour les veuves qui se remarieront les avantages que vous leur avez dès à présent constitués » (Chambre s. du 12 décembre 1917. J. off. du 13 p. 3246 à 3251) C'est dans ces conditions que le Parlement reconnut à la veuve remariée le droit de conserver sa pension.

CHAPITRE SECOND

LA PUISSANCE PATERNELLE

SECTION I

Historique

« La puissance paternelle est l'ensemble des droits et des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs, pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents ». Cette définition donnée par M. Planiol (T .I p. 505) correspond bien à la conception moderne de cette institution.

L'idée romaine était tout autre ; la patria potestas était considérée comme un droit établi uniquement dans l'intérêt du pater familias et présentait même un caractère politique. Le pater avait sur ses enfants une autorité absolue, et presque proverbiale. Il pouvait les frapper de tous les châtiments corporels, même de la mort. (jus vitae necisque) Il pouvait les aliéner comme les esclaves, ou les exposer, c'est-à-dire les abandonner. L'enfant, à n'importe quel âge, ne pouvait se marier, sans le consentement du pater. En ce qui concerne les biens, au point de vue actif, toutes les acquisitions du fils de famille allaient au pater ; au point de vue passif, il ne pouvait s'obliger que par ses délits. Cette puissance ne finissait qu'à la mort du père, quel que soit l'âge du fils, quels que soient sa condition sociale, son rang politique, sauf dans le cas où le fils ayant été mancipé et affranchi trois fois devenait étranger à la famille et sui juris, ou lorsque la fille se mariait avec manus.

« La puissance paternelle illimitée et viagère, de l'Ancienne Rome, n'a jamais vu sa durée restreinte, écrit M. Girard (op cit p. 139), mais son étendue a été bientôt limitée. L'unité d'existence et d'autorité qu'elle implique dans la famille peut convenir à un

Etat petit et pauvre, à une population respectueuse de ses traditions, dépourvue d'esprit de critique et d'esprit d'entreprise. Or, à Rome, ces conditions avaient disparu longtemps avant la fin de la République. Aussi voit-on, dans le dernier siècle de la République et surtout sous l'Empire, la puissance paternelle perdre son ancien caractère, les droits du père être limités par la reconnaissance de ceux du fils, aussi bien quant à la personne que quant aux biens ».

Dès le temps des Sévères, l'ancien droit de vie et de mort fut réduit à un droit d'infliger soi-même des corrections légères, et de demander au magistrat l'application de peines plus graves. L'exposition des enfants nouveaux nés fut aussi interdite, d'après les uns, dès le temps des jurisconsultes classiques ; d'après d'autres, seulement vers l'Empire chrétien. Enfin l'apparition de l'idée de droits et de devoirs respectifs apparut dans la possibilité qu'eût l'enfant de réclamer des aliments à son père, et de se plaindre de lui au magistrat.

Sous l'Empire, on admit que certaines acquisitions resteraient sur la tête du fils. Le premier pas, dans cette voie, a été fait par Auguste, qui permit au fils de famille militaire de disposer des biens qu'il a acquis à raison de sa qualité de soldat. (peculium castrense) A partir de Constantin, on étendit cette faveur aux fonctionnaires de la Cour, de l'Etat, de l'Eglise, en leur permettant de disposer des biens acquis par eux dans ces fonctions (péculium quasi castrense). Enfin, depuis le sénatus-consulte Orfitien, rendu sous Marc-Aurèle, les enfants héritaient de leur mère, mais les biens recueillis allaient grossir le patrimoine du père et pouvaient être dissipés par lui. Constantin décida que cette succession resterait la propriété des enfants, et que le père en aurait seulement l'administration et la jouissance. Le mouvement se continua sous les Empereurs suivants, qui ajoutèrent aux bona materna, les biens que l'enfant avait reçus de son conjoint, de son fiancé. Justinien acheva la réforme, et décida que toutes les acquisitions resteraient à l'enfant sauf exception.

Dans les pays de droit écrit, on conserva, dans son esprit général, l'ancienne *patria potestas* du droit romain. Les mœurs en atténuèrent la rigueur, mais les règles essentielles subsistèrent. La puissance paternelle n'appartenait jamais à la mère ; elle durait indéfiniment quel que fût l'âge du fils. Ce dernier ne pouvait pas en principe acquérir pour son compte. En dehors des pécules, tout appartenait au père, et celui-ci avait même la jouissance des biens dont son fils avait la propriété. Le sénatus consulte macédonien toujours en vigueur rendait le fils incapable d'emprunter ; il ne pouvait pas non plus faire son testament.

Malgré l'habitude des émancipations taisibles, notamment en cas de mariage, et malgré quelques réformes, la puissance paternelle restait encore un véritable pouvoir domestique établi plutôt dans l'intérêt du père que dans celui de l'enfant.

A cette conception s'opposait la maxime coutumière que Loysel a reproduite dans ses Institutes : « Droit de puissance paternelle n'a lieu ». (Inst. coutumières n° 55) Cette règle souvent mal comprise ne signifiait pas que les parents n'avaient aucun pouvoir sur la personne et les biens de leurs enfants, mais que la *patria potestas* du droit romain n'était pas admise dans les pays de coutume. Fondée principalement sur l'intérêt des enfants eux-mêmes, la puissance paternelle était pour les parents une conséquence et un moyen d'accomplir l'obligation qui leur était imposée d'élever leurs enfants. Elle appartenait à la mère, aussi bien qu'au père, mais la mère ne pouvait l'exercer qu'à défaut du père.

Elle cessait lorsque les enfants n'avaient plus besoin d'être surveillés et dirigés, c'est-à-dire lorsqu'ils avaient atteint l'âge de la majorité fixée par la plupart des coutumes à 25 ans, et plus tôt en cas d'émancipation expresse ou tacite. L'émancipation, résultait tacitement du mariage, et certaines dignités entraînaient la même conséquence, par exemple plusieurs offices de judicature, l'épiscopat, la prêtrise dans certaines coutumes. Les parents n'avaient sur les biens de leurs enfants qu'un simple droit d'administration, et ils devaient en rendre compte ; mais l'institution de la garde noble et de la garde bourgeoise leur donnait pendant la minorité de l'enfant l'usufruit des biens administrés.

La Révolution française, dont le but était l'émancipation totale de l'individu, devait contribuer à développer cette notion de protection de l'enfant. L'Assemblée législative décréta, le 28 août 1792, que la puissance paternelle ne s'étendrait plus sur les majeurs, et que les mineurs y seraient seuls soumis.

Lors de la rédaction du Code Civil, la lutte reprit au Conseil d'Etat, entre les deux tendances. Malleville s'efforça de conserver le mot de *puissance* auquel Berlier voulait substituer celui d'*autorité* : « Rien ne ressemble moins à l'ancienne puissance paternelle, disait-il que l'autorité des père et mère, qui est l'objet du titre IX (Séance du Conseil d'Etat du 26 frimaire an X. Locré t. III p. 315). Il faut de nouveaux mots pour exprimer des idées nouvelles ». Si le titre IX fut intitulé : « *De la puissance paternelle* », on prit soin dans l'art. 372 de lui substituer le mot *d'autorité*.

Se demandant si la puissance paternelle a été établie par le Code, dans l'intérêt du père, comme sous le droit romain, ou bien dans

l'intérêt des enfants, comme sous nos coutumes. M. Demolombe (op. cit. t. VI p. 222) conclut qu'elle a été créée dans l'intérêt de tous : « Dans l'intérêt des enfants principalement, car il faut à leur faiblesse un protecteur, un guide à leur inexpérience ; dans l'intérêt des père et mère, car c'est pour eux non pas seulement un devoir, mais aussi un droit d'élever leurs enfants, de leur donner le genre d'éducation qui leur convient ; dans l'intérêt de l'Etat lui-même enfin, car le bon ordre des familles est la première condition et la plus sûre garantie du bon ordre de la Société, car la puissance paternelle est le meilleur auxiliaire de la puissance publique, et lorsqu'elle remplit bien sa mission, lorsqu'elle sait former les enfants à des habitudes de discipline et de travail, elle prépare de bons citoyens pour la Patrie ».

Section II

Qui exerce la puissance paternelle ? Quels sont les droits de la Mère ?

L'art. 372 dispose que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère, jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais l'art. 373 s'empresse d'ajouter que le père seul exerce cette autorité durant le mariage.

La loi a cependant tenu à reconnaître, ne fut-ce qu'en principe, le droit de la mère pour un certain nombre d'actes importants. C'est ainsi que le fils et la fille qui n'ont pas atteint l'âge de 21 ans accomplis ne peuvent contracter mariage, sans le consentement de leurs père et mère, mais en cas de dissentiment, le consentement du père suffit art. (148). La mère doit donc être au moins consultée, mais son droit est dépourvu de sanction.

Lors de la discussion de la loi de 1907, au Sénat, M. Gourju regretta que le refus du père suffise péremptoirement pour empêcher le mariage, et voulant que le consentement de la mère ne fut pas considéré comme négligeable, proposa la disposition suivante : « Si le père refuse son consentement, la mère pourra le citer devant le tribunal de première instance siégeant en chambre du conseil. Le jugement sera rendu en audience publique, et en dernier ressort ».

« Les pères de famille, disait-il, sont moins sensibles sur les causes morales de refus de consentement au mariage ; le père se laisse moins émouvoir par certains péchés de jeunesse que le futur gendre a pu commettre. La mère s'en offusque davantage, elle aura plus peur sans doute que le père de quelque ancienne maîtresse avec laquelle on aura rompu peut-être à la veille du mariage, pour les besoins de la cause. Par conséquent, si c'est la mère qui accorde son consentement et qui l'accorde seule, on peut bien supposer que le mariage projeté n'est pas de nature à exciter légitimement les susceptibilités morales du père, que l'acquiescement de la mère est donné en pleine connaissance de cause, et que, vraisemblablement c'est le père qui a tort contre elle. Alors, pourquoi refuseriez-vous à la mère, le droit de recourir sous une forme discrète, en chambre du Conseil, au tribunal civil pour vider le différend et mettre un terme honorable au conflit, après avoir entendu à huis clos des explications contradictoires ? Il faut que la mère, qui a bien aussi voix au chapitre, puisse entendre dire par une voix impartiale, qui a tort ou raison ».

M. Catalogne rapporteur de la loi de 1907 combattit cet amendement, déclarant qu'il ne pourrait être voté que si le titre IX du Code Civil sur la puissance paternelle n'existait pas. Il fit remarquer que si le tribunal, sur la demande de la mère, autorisait le mariage de l'enfant il serait possible de tourner la loi subordonnant l'émancipation au consentement du père, ainsi que l'art. 374 aux termes duquel le jeune homme, jusqu'à l'âge de 21 ans ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de 18 ans révolus.

M. Chaumié, se plaçant à un point de vue différent, mais concluant également au rejet de la proposition de M. Gourju déclara qu'il lui paraissait difficile d'admettre, en une matière d'ordre si intime l'immixtion des tribunaux. Il fit remarquer que l'autorité du père ne l'emporte qu'en cas de dissentiment, c'est-à-dire après que la mère ayant été consultée, a fait valoir ses raisons et usé de toute son influence morale au foyer.

Le Sénat approuva cette manière de voir. Considérant que le refus du père ne retarde que de quelques années le mariage du jeune homme ou de la jeune fille, puisqu'à l'âge de 21 ans, l'un et l'autre sont entièrement libres, il pensa qu'il y avait, selon l'expression de M. Chaumié « un intérêt supérieur à ne pas amener hors de la famille, un débat qui n'en doit pas sortir, à ne pas l'aigrir par les discussions d'un procès, à ne pas faire du père et de la mère, un vainqueur et un vaincu. » Il aima mieux voir la mère s'incliner de-

vant le principe posé par le Code, que devant un jugement lui donnant tort (séance du 7 mai 1907. J. off. du 8, p. 608).

Ces raisons ne manquent certainement pas de valeur, mais il est un cas où la disposition aurait pu être accueillie. L'art. 152, tel qu'il résulte de la loi du 21 juin 1907, dispose que s'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation a été prononcé, et qui a la garde de l'enfant suffit. Si ces deux conditions ne sont pas réunies, celui des père et mère qui consent au mariage peut citer l'autre devant le tribunal siégeant en chambre du conseil, qui statue en audience publique et en dernier ressort. Pourquoi ne pas étendre cet article au cas où le père et la mère sont séparés de fait, depuis de longues années, et lorsque les enfants ont été élevés par leur mère et habitent avec elle. Ces hypothèses sont malheureusement trop fréquentes, dans la classe ouvrière, et en pareille circonstance, l'intervention de la justice, loin d'avoir des conséquences regrettables, serait fort utile.

Quelques auteurs, notamment M. Lefeuvre. (Les droits de la mère sur ses enfants) voudraient que le jeune homme ou la jeune fille qui n'a pas atteint 21 ans, ne puisse contracter mariage, sans le consentement de son père et de sa mère. Il fait remarquer très justement, en effet, que la plupart du temps, pour ne pas dire toujours, si la mère refuse de consentir au mariage, c'est qu'elle a de bonnes raisons. On devrait donc tenir compte de son refus, qui pourrait empêcher bien des sots mariages. Son consentement serait une garantie de plus du bonheur des jeunes époux.

Les tendances actuelles sont, il est vrai, tout à fait opposées à cette manière de voir, et nous avons constaté que les lois récentes ont pour but d'affranchir plus encore les jeunes gens de toute contrainte familiale, de faciliter les mariages peut-être au détriment de leur solidité.

En matière d'adoption, il ne suffit pas que la mère soit consultée, il faut qu'elle donne personnellement son consentement. L'adoption ne peut avoir lieu avant la majorité de l'adopté, et si celui-ci, ayant encore ses père et mère ou l'un d'eux n'a point accompli sa 25e année, il doit rapporter le consentement de ses père et mère, ou du survivant ; s'il est majeur de 25 ans, il doit requérir leur conseil. La mère peut donc lorsque le futur adopté, a moins de 25 ans, rendre l'adoption impossible, en refusant de donner son consentement. (Art. 346).

Le droit d'émanciper l'enfant appartient en principe à ses père et mère, mais tant que le père est vivant, lui seul exerce ce droit.

Lorsque le père est mort, ou lorsqu'il est déchu de la puissance ou hors d'état de l'exercer, le droit d'émanciper l'enfant passe à la mère (art. 477).

La mère, comme le père et du vivant même de celui-ci a le droit d'accepter pour son enfant les donations qui lui sont faites, et cette acceptation est valable, malgré l'opposition du père. (Art. 935). (Cass. 22 janv. 1896. D 1896 1. 184.) Elle peut ainsi faire pour son enfant ce qu'elle ne pourrait pas faire pour elle-même.

Dans les ménages unis, le père et la mère se consultent sur le choix de l'établissement scolaire dans lequel on placera l'enfant, sur la carrière à laquelle on le destinera ; en général, le père dirige surtout l'éducation des garçons, la mère, celle des filles. Mais il arrive que le père ait des idées très arrêtées sur l'éducation de ses enfants, et qu'il veuille les faire prévaloir ; dans ce cas, la mère doit s'incliner [1].

Elle pourrait cependant agir en justice, lorsque séparée de biens, elle doit contribuer aux dépenses relatives à l'éducation de son enfant et peut-être les supporter seule si son mari n'a pas de ressources. (Caen, 8 av. 1851 D 1852, 2.127).

M. René Besnard, député, avait en 1909, déposé une proposition de loi relative à l'éducation et à la correction paternelles (Chambre Doc. Parl. 26 fév. 1909, annexes 2343 p. 192). L'art. 3 disposait que la direction des enfants est exercée d'un commun accord par le père et la mère, durant le mariage. C'était l'abrogation de l'art. 373, si la proposition avait été adoptée. Nous croyons qu'une disposition semblable, qui est inutile dans les ménages unis, aurait dans les autres de graves inconvénients. La famille a besoin d'un chef qui tranche souverainement les questions délicates, et chaque époux ayant le pouvoir de commander, l'enfant serait partagé entre son père et sa mère, et ne saurait à qui obéir.

Nous verrions cependant avec plaisir le législateur exiger le consentement du père et de la mère pour des décisions graves, telles que le mariage, la possibilité d'engager l'enfant comme mousse, de le placer en apprentissage, ou de le faire enfermer dans une maison de correction. Dans tous ces cas, le rôle de la mère pourrait être

1. Il arrive fréquemment, quand un mariage se fait entre personnes appartenant à des religions différentes que la femme demande que les enfants soient élevés dans sa religion et non dans celle du mari. On fait même de cette convention une clause du contrat de mariage. Il est admis qu'elle n'est pas civilement obligatoire, et que la femme n'a aucun moyen de la faire respecter. En effet, toute convention qui a pour but ou pour résultat de dépouiller le père de sa puissance pour la transférer à la mère est nulle comme contraire à l'ordre public (art. 6 et 1388). (V. Planiol T I p. 508 et Guillouard. Contrat de mariage t. I n° 113).

considérable. Elle protègerait l'enfant, contre la passion qui le pousse au mariage ; elle s'opposerait à la brusque détermination du père, prise dans un instant d'emportement. Ces dangers sont à craindre dans les ménages où règne la mésintelligence, et dans les cas où les époux vivent en état de séparation de fait. La mère voit alors ses droits complètement sacrifiés et l'intérêt des enfants s'en ressent.

C'est donc seulement à défaut du père, que la mère obtient l'exercice de la puissance paternelle. Il en est ainsi, lorsque le père meurt, lorsqu'il est en état de folie, lorsque sa déchéance est prononcée, conformément aux dispositions de la loi de 1889, et que le tribunal décide que la mère sera investie de cette puissance, (art. 9). Si en effet, le tribunal estime qu'il y a lieu de soustraire l'enfant, à l'influence de la mère, il peut ordonner qu'il y aura, non pas dévolution de la puissance paternelle mais organisation de la tutelle. On a voulu éviter que dans certains cas, la déchéance fut illusoire.

Lorsque le père est disparu, laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en a la surveillance, et elle exerce tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens (art. 141).

Si le père est mort ou est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement au mariage donné par la mère suffit ; (art. 149). Depuis la loi du 9 août 1919, la mère peut, comme le père, former opposition au mariage de ses enfants ; elle est désormais placée sur un pied d'égalité (art. 173).

En cas de divorce, le tribunal doit statuer sur la garde des enfants. Ceux-ci doivent être confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, mais, sur la demande de la famille ou du ministère public, le tribunal peut ordonner, pour le plus grand avantage des enfants que tous ou quelques-uns d'entre eux soient confiés aux soins de l'autre époux, ou d'une tierce personne (art. 302). On peut être bon mari et mauvais père, bonne mère et mauvaise épouse. Les juges peuvent donner les garçons au père, et les filles à la mère, ou confier à cette dernière, les enfants en bas âge qui ont besoin de ses soins. Mais quelque soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller leur entretien et leur éducation, et sont tenus d'y contribuer dans la proportion de leurs facultés (art. 303).

Ce droit de surveillance, qui ne confère aucun pouvoir direct, laisse au parent, qui n'a pas la garde de l'enfant, le droit de demander au tribunal, une modification des mesures prises, de donner les consentements nécessaires au mariage, à l'adoption, à la tutelle

officieuse, à l'engagement dans l'armée. Le père garde son pouvoir d'administration légale, le droit d'émancipation, le droit d'être tuteur, de nommer un conseil à la mère survivante et tutrice, de désigner le tuteur quand il meurt le dernier.

Les conséquences de la séparation de corps sont à peu près identiques, mais l'art 386 ne fait perdre le bénéfice de la jouissance légale qu'à celui des père et mère, contre lequel le divorce a été prononcé.

Nous verrons que lorsque la mère exerce la puissance paternelle, elle ne peut user du droit de correction que par voie de réquisition et encore, avec le concours des deux plus proches parents paternels. Elle perd même ce droit, quand veuve ou divorcée, elle se remarie (art 381), tandis que le père remarié conserve le droit de requérir l'ordre d'arrestation. Ces restrictions proviennent de la méfiance que le législateur manifeste sans cesse à l'égard de la femme.

Malgré les termes de l'art 384 qui décide que, durant le mariage la jouissance légale appartient au père, on estime que la mère peut en profiter, lorsque l'exercice de la puissance paternelle lui est dévolu, pendant le mariage, par suite de l'absence, de la folie ou de la déchéance du père. Cet article prévoit le cas le plus général où le père est présent et capable. A la vérité, la question de savoir, si l'absence du mari fait passer à la femme, avec l'administration des biens des enfants, l'usufruit légal de ces biens est fort controversée (D 1891-1-413 et la note).

Nous pouvons conclure de toute cette étude, que la répartition faite par le Code, des droits de puissance paternelle entre les deux parents, est fort inégale. Il n'en résulte, il est vrai, aucun inconvénient dans les familles unies. « L'enfant, dans ses premières années, écrit M. P Janet (op. cit. chap. Le Père et la Mère) est placé sous l'autorité presque absolue de sa mère. La main trop rude du père et sa parole trop grave ne sont pas faites pour un âge si tendre. Le père n'intervient donc que de loin en loin, et quand il est nécessaire; il intervient encore par ses conseils, par sa direction générale, mais lorsqu'il a confiance dans la sagesse de la mère, il lui laisse volontiers la responsabilité des détails. Il n'y a point trop d'inconvénients à ce que le père abdique l'autorité en quelque sorte, et se montre doux, facile, débonnaire même. En revanche, la mère, par cela même qu'elle a la plus grande responsabilité, doit prendre garde de trop accorder à la faiblesse, qui lui est naturelle. Sans doute, l'enfant veut être ménagé, mais il veut être dirigé, et s'il est abandonné à la discrétion de la mère, ce n'est pas pour être affranchi de toute règle, mais pour sentir une règle plus douce et mieux accommodée

à sa faiblesse. A mesure que l'enfant grandit, chacun des parents reprend son rôle naturel, le père de plus en plus sérieux, et exigeant chaque jour davantage ; la mère de plus en plus compatissante, et toujours prête à plaider la cause de l'enfant. »

APPENDICE

La loi du 3 Juillet 1915

La loi du 3 juillet 1915 a eu pour but de remédier à la situation exceptionnelle que la guerre avait fait naître dans la plupart des familles françaises. Elle modifia, pendant la durée des hostilités, les dispositions relatives à l'autorisation des femmes mariées et à l'exercice de la puissance paternelle.

Aux termes de l'art 2, la mère exerçait provisoirement la puissance paternelle, à défaut du père, dans le cas où par suite de la guerre, celui-ci était dans l'impossibilité de l'exercer personnellement. Elle était alors investie de la puissance paternelle, avec tous les attributs qu'elle comporte : droit d'éducation, de garde, de correction, d'émancipation, de consentement au mariage, de jouissance légale. Mais il semble que dans ce cas, comme dans celui où le mari est mort, absent ou déchu de la puissance paternelle, elle n'ait eu le droit de correction qu'avec les restrictions édictées par les art. 377 et 381 du Code Civil (D. 1916-4-205).

Section III

Droit d'émanciper l'enfant, de consentir à son mariage, à son adoption à son engagement dans l'armée

Nous avons vu précédemment que les père et mère ont le droit d'émanciper leur enfant, dès que celui-ci est âgé de quinze ans (art. 477) ; nous avons étudié dans quelles conditions, ils sont appelés à donner leur consentement au mariage ou à l'adoption.

Ajoutons que beaucoup de carrières et de professions ne sont ouvertes à l'enfant mineur qu'avec l'autorisation de ses parents.

C'est ainsi que le jeune homme, âgé de moins de 20 ans, et non émancipé, qui veut s'engager, doit se munir du consentement de celui de ses parents qui exerce la puissance paternelle, et par conséquent en principe de son père seul. Quand le père est décédé, interdit ou déchu de la puissance paternelle, le consentement est donné par la mère, même si elle n'est pas tutrice, et même dans le cas où elle a été exclue de la tutelle, si elle n'est pas déchue de la puissance paternelle. Si le père non interdit se trouve par suite de démence ou d'imbécilité, dans l'impossibilité de donner son consentement, s'il est placé dans un établissement public d'aliénés ou s'il lui a été donné un administrateur provisoire, par application de l'art. 497, le consentement peut émaner de la mère.

Lorsque le père légitime a disparu sans avoir été légalement déclaré absent, le ministre de la guerre a décidé que le consentement de la mère, accompagné d'un acte notarié, attestant l'absence du père, suffit pour autoriser l'engagement à titre provisoire. En effet, dans le cas de disparition du père, la surveillance des enfants mineurs issus d'un commun mariage incombe à la mère, et celle-ci exerce tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens.

En cas de divorce ou de séparation de corps, le consentement de celui des époux, auquel la garde de l'enfant a été confiée est nécessaire et suffisant. Mais si la garde n'a pas été confiée exclusivement à l'un des époux, ou si elle a été attribuée à une tierce personne, le droit commun reprend son empire.

Si par suite du décès de ses père et mère, l'enfant est placé en tutelle, le tuteur doit être autorisé par une déclaration du conseil de famille. Mais si le mineur est émancipé, il n'a besoin du consentement ni de ses parents, ni de son curateur. Ces principes résultent de diverses lois militaires, notamment de la loi du 21 mars 1905 (art. 50 6°) et de la loi du 8 août 1913 (art. 3, 5°).

En raison de la guerre, différentes modifications ont été apportées à ces dispositions, dans le but de faciliter l'engagement de tous les jeunes gens valides, en état de porter les armes. Le décret de 6 août 1914, autorisant l'engagement des jeunes gens de 17 ans, pour la durée de la guerre, rappela que les jeunes gens âgés de moins de vingt ans, devaient être pourvus du consentement du père, de la mère, du tuteur ou des représentants légaux définis à l'art. 50 de la loi du 21 mars 1905. Mais un décret du 16 septembre 1914 décida, que jusqu'à la cessation des hostilités, si le père était empêché, notamment par le fait de guerre, d'autoriser son fils mineur de vingt ans à contracter cet engagement volontaire, l'autorisation serait donnée par la mère. En cas de prédécès ou d'empêchement de la mère ou du tuteur, l'autorisation était donnée par le Juge de Paix de la circonscription dans laquelle résidait le jeune homme désirant s'engager. L'intervention du conseil de famille n'était en aucun cas nécessaire.

Section IV

Le droit de garde

Le Code Civil avait vu dans la sollicitude du père une garantie suffisante pour la protection de la vie et de la santé de l'enfant. Aujourd'hui au contraire, on considère à juste titre que la société est directement intéressée à cette question, dont dépend si intimement la population du pays.

Pour comprendre toute l'œuvre législative du XIX^{e} siècle, et celle déjà si considérable des premières années du XX^{e} il faut se rappeler l'évolution des mœurs, et la transformation économique qui a été la conséquence du prodigieux développement industriel. Les agglomérations ouvrières, qui se sont créées au détriment des campagnes ont bouleversé les conditions du travail.

Les usines, les grands magasins, ont utilisé le travail du père, de la mère et des enfants, et par suite ont détruit le foyer familial. La vie en commun n'existe plus comme autrefois : on ne se trouve réunis qu'aux heures des repas, quand les uns ne partent pas pour l'usine au moment du retour des autres. La femme ne peut plus guère s'occuper de son ménage, de l'entretien et de l'éducation des enfants.

Ceux-ci ressentent dès le premier âge les effets déplorables de cette situation, car la mère, à peine relevée de ses couches veut retourner à l'atelier. Elle doit le plus souvent laisser à la maison, le nourrisson, qui est pour elle une charge et un souci, et compter sur la bonne volonté d'une voisine qui le gardera et le soignera s'il est malade. Les conditions d'hygiène sont souvent déplorables, et la mortalité infantile est effrayante dans les familles ouvrières.

Les parents sont tentés de placer l'enfant en nourrice, espérant éviter ainsi les dangers de l'abandon forcé et les soucis des premiers moments. Ils s'efforcent de découvrir la nourrice la moins coûteuse. mais l'enfant ne manque pas d'en souffrir. Aussi la loi du 23 décembre 1874 relative à la protection des enfants du premier âge, et en particulier des nourrissons, pose dans son art. 1er, le principe que tout enfant, âgé de moins de deux ans, qui est placé moyennant un salaire en nourrice, en sevrage, ou en garde, hors du domicile de ses parents, devient par ce fait, l'objet d'une surveillance de l'autorité publique, ayant pour objet de protéger sa vie et sa santé. Elle prévoit toute une réglementation minutieuse, des formalités administratives et des sanctions pénales.

La loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique, dispose que la vaccination antivariolique est obligatoire, au cours de la première année de la vie, ainsi que la revaccination au cours de la onzième et de la vingt et unième année. Les parents ou tuteurs sont tenus personnellement de l'exécution de cette mesure. (Voir la modification apportée à l'art. 6 par la loi du 7 septembre 1915).

La loi du 17 juin 1913 permet aux femmes en état de grossesse apparente de quitter le travail sans délai-congé, et sans avoir à payer de ce fait une indemnité de rupture. Elle organise le repos des femmes en couches et décide que, dans tout établissement industriel ou commercial, public ou privé, il est interdit d'employer des femmes accouchées dans les quatre semaines qui suivent leur délivrance. Toute femme de nationalité française et privée de ressources, qui se livre habituellement chez autrui à un travail salarié, comme ouvrière employée ou domestique, a droit pendant la période de repos qui précède et suit immédiatement ses couches, à une allocation journalière, sans

que celle-ci puisse se cumuler avec aucun secours public de maternité. (Voir aussi la loi du 30 juillet 1913, art. 68 et suivants ; le décret du 17 décembre 1913 et la loi du 23 janvier 1917 accordant une majoration supplémentaire aux femmes en état de grossesse bénéficiant déjà des allocations prévues par la loi du 5 août 1914).

La loi du 5 août 1917 concernant l'allaitement maternel, dans les établissements industriels et commerciaux décide que pendant une année, à compter du jour de la naissance, les mères allaitant leurs enfants, disposent à cet effet d'une heure par jour durant le travail. Cette heure est répartie en deux périodes de trente minutes ; l'une, le matin, l'autre l'après-midi. La mère doit pouvoir toujours allaiter son enfant dans l'établissement ; les conditions auxquelles doit satisfaire la chambre d'allaitement sont déterminées par la loi et par un règlement d'administration publique.

Il a fallu également protéger les femmes et les enfants contre les dangers d'un travail prématuré et excessif qui compromettrait leur vie et leur santé. Le législateur a réglementé les conditions relatives à l'âge d'admission, à la nature ou à la durée du travail, dans toute une série de textes que nous ne pouvons qu'énumérer : La loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers ; la loi du 22 février 1851 sur le contrat d'apprentissage ; la loi du 19 mai 1874, sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie ; la loi du 7 décembre 1874, toujours en vigueur, sur le travail des enfants employés dans les professions ambulantes ; la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants et des femmes, qui fut modifiée par celle du 30 mars 1900 qui fixa provisoirement à onze heures la journée de travail, et la réduisit à dix heures à partir du 1er avril 1904.

Mentionnons également la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire, qui permet à la famille ouvrière de se trouver réunie au moins une fois par semaine ; un décret du 21 mars 1914, concernant les travaux dangereux interdits aux enfants et aux femmes ; la loi du 11 juin 1917 et le décret du 18 septembre 1917 sur le repos de l'après-midi du samedi, dans certaines industries ; la loi du 28 mars 1919 tendant à la suppression du travail de nuit dans les boulangeries ; et surtout la loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures.

L'intervention de l'Etat se manifeste encore, en ce qui concerne l'instruction et l'éducation de l'enfant. L'art. 203 du Code Civil décide que les parents doivent élever leurs enfants, et par conséquent les instruire. Cependant le père de famille ne pouvait être légalement forcé de leur donner un enseignement quelconque. La loi du 28

mars 1882 n'a fait que dégager les conséquences de ce principe, en déterminer la portée et la sanction.

Dans les sociétés modernes et plus particulièrement encore dans les sociétés démocratiques, le père ne peut être laissé entièrement libre de donner ou de ne pas donner une certaine instruction à ses enfants. En effet, chaque membre de la société est appelé à jouer un rôle beaucoup plus important qu'autrefois. La Révolution de 1789 en a fait un citoyen qui doit, dans une mesure plus ou moins grande, collaborer au bon fonctionnement et au progrès de toutes les institutions de son pays.

La Convention avait compris l'importance sociale de l'instruction de tous les citoyens. Michel Lepelletier et Robespierre allèrent, dans leur exagération jusqu'à proposer d'enlever les enfants aux parents dès l'âge de sept ans, de les réunir dans des écoles, afin de former leurs esprits aux idées nouvelles, dont ils seraient les plus ardents défenseurs. C'est au cours de la discussion de cette proposition que Danton, prononça cette phrase restée célèbre : « Après le pain, l'instruction est le premier besoin du peuple ». — « Il est temps, disait-il, de rétablir ce grand principe, qu'on semble méconnaître que les enfants appartiennent à la République, avant d'appartenir à leurs parents ». Robespierre ajoutait que la Patrie seule a le droit d'élever les enfants. (Moniteur t. XVIII p. 654 ; t. XX p. 409). Ces utopies rappellent celle de Platon, qui dans sa République (Livre V) réclamait déjà la communauté des femmes et des enfants.

Ces projets chimériques méconnaissent la grandeur et la beauté de la famille. L'enfant ne doit être qu'exceptionnellement enlevé à ses protecteurs naturels, son père et sa mère ; l'Etat doit être l'auxiliaire de la famille, quand elle ne peut suffire à sa tâche ; il ne doit intervenir que si elle manque à ses devoirs.

Aujourd'hui personne ne conteste la nécessité de l'instruction obligatoire et gratuite pour tous. On discute seulement sur le point savoir si l'Etat doit avoir le monopole de cette instruction, mais on reconnaît sans difficultés que la direction de ce service doit lui revenir.

Par décret du 29 frimaire an II, la Convention avait établi des écoles du premier degré, gratuites et obligatoires. La loi du 16 juin 1881 établit la gratuité absolue de l'enseignement primaire, dans les écoles publiques. La loi du 28 mars 1882 a déterminé le minimum de l'instruction, qui doit être donné obligatoirement à tout enfant, de l'un ou de l'autre sexe, de six à treize ans. Le père peut cependant donner lui même l'enseignement nécessaire à son enfant, ou recourir aux écoles privées. L'instruction donnée gratuitement dans

les écoles publiques est laïque, soit dans son programme excluant l'enseignement religieux réservé au père, soit dans son personnel, prohibant toute nomination d'instituteur congréganiste. (Voir aussi Lois du 30 octobre 1886 et du 7 juillet 1904).

Jules Ferry avait fondé de grandes espérances sur les commissions scolaires, qui doivent, aux termes de la loi de 1882, assurer la fréquentation et prononcer des sanctions contre les pères de famille négligents ; mais elles ne fonctionnent guère normalement que dans les grands centres. La fréquentation effective est insuffisante, et on est surpris de constater chaque année, le nombre des jeunes conscrits, qui sont classés dès leur arrivée à la caserne dans la catégorie des illettrés.

De louables efforts sont faits, pour mettre de plus en plus l'instruction à la portée de tous : organisation de conférences, de cours du soir appelés aussi cours d'adultes, création de bibliothèques populaires. On peut dire que l'ambition et l'orgueil du régime républicain furent d'améliorer sans cesse l'instruction, dans le but d'assurer l'éducation de la jeunesse et de former des générations attachées aux institutions nouvelles.

La loi de 1882 fut vivement critiquée par ceux qui n'auraient pas voulu voir l'Etat porter atteinte aux droits du père. Cependant il est une fonction que l'école ne remplira jamais complètement, et qui restera dans le domaine de la famille : c'est l'éducation. Par leur exemple, leur influence quotidienne, leur affection et leur dévouement, les parents développent chez l'enfant le sentiment du devoir, les idées morales et les croyances, en un mot, les vertus domestiques, qui sont aussi des vertus civiques.

Pour exercer utilement ce droit et ce devoir de surveillance et de direction, les parents peuvent examiner la correspondance de leurs enfants, et intercepter au besoin les lettres qu'ils écrivent et celles qu'ils reçoivent (D. 1900, 2, 287 notes 6 et 7). Ils peuvent régler les relations de leurs enfants, et leur interdire de voir telle ou telle personne. Ils peuvent supprimer tous rapports avec les grands parents, sauf appréciation par la justice des motifs de cette décision. Les tribunaux se reconnaissent le droit d'autoriser ces visites, malgré la prohibition du père (D. 1857, 1. 273 — 1892. 1. 70 — 1894. 1. 218. V. également D. 1871. 1. 217 — 1893. 2. 81).

Notons enfin que le père peut engager l'enfant comme mousse sur un navire marchand, à condition qu'il n'ait pas moins de 10 ans, ni plus de 15 (décret du 3 brumaire an IV) ; il peut aussi le placer en apprentissage (loi du 22 février 1851).

Section V

Le droit de correction

Dans notre Ancien Droit, le père de famille était plus fortement armé que de nos jours. Les parents pouvaient faire emprisonner leurs enfants ; mais cette ressource destinée à dompter le fils ou la fille rebelles, donna lieu à beaucoup d'abus. Un arrêt de règlement du Parlement de Paris du 9 mars 1673, voulut les réprimer, en en limitant l'exercice aux enfants de moins de 25 ans. Mais au-dessus de cet âge, les lettres de cachet permettaient avec l'autorité du roi ou seulement du lieutenant de police de faire saisir et emprisonner les enfants majeurs. Elles disparurent avec la Révolution. Le père pouvait aussi déshériter ses enfants, et si sa liberté n'était pas complète, si les cas d'exhérédation, étaient limitativement déterminés, la sanction, restreinte aux fautes les plus graves, était encore fort redoutée.

Le Code de 1804, permet cependant aux parents de faire emprisonner leurs enfants, en agissant tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition. Dans le premier cas, le père a le droit d'obtenir l'emprisonnement de son enfant, sans en donner de motifs, et sans que la justice puisse s'y opposer. Le Président du tribunal est obligé de signer l'ordre d'arrestation qui lui est demandé. Mais la jurisprudence s'est efforcée de corriger cette faculté laissée au père, d'agir en véritable despote, sans le moindre contrôle. L'art. 375 n'accordant ce droit qu'au père, qui a des sujets de mécontentement très graves, le tribunal de la Seine a fait naître la pratique d'une enquête pour vérifier les griefs allégués. Cette pratique qui a été suivie par la plupart des tribunaux a permis de rejeter un grand nombre de demandes d'incarcération, et de remédier à beaucoup d'abus.

Le père ne peut agir par voie d'autorité que lorsque l'enfant a moins de 16 ans commencés (art. 376) ; et même dans ce cas, il en est encore privé lorsqu'il est remarié (art. 380), par crainte de l'influence de la seconde femme, souvent hostile aux enfants du premier lit ; lorsque l'enfant exerce un état ou lorsqu'il a des biens personnels. (art. 382) Le législateur a voulu que le père ne put compromettre l'apprentissage ou l'avenir de l'enfant, et qu'il ne pût

exercer sur lui une pression abusive lorsqu'il possède des biens personnels. Enfin la détention ne peut jamais excéder un mois.

Lorsque l'enfant a plus de quinze ans révolus, le père ne peut agir que par voie de réquisition, c'est-à-dire qu'il peut seulement solliciter du Président du tribunal l'ordre d'arrestation, que celui-ci accorde ou refuse après avoir examiné les motifs invoqués par le Père, et après en avoir conféré avec le Procureur de la République. Le maximun de la détention demandé par le Père est de six mois, mais le Président, qui peut l'accorder ou la refuser, peut en abréger le délai (art. 377). La mère, quel que soit l'âge de l'enfant, ne peut jamais agir que par voie de réquisition ; de plus, il lui faut l'autorisation des deux plus proches parents paternels ; enfin, elle perd ce droit, si elle se remarie (art. 377 et 381).

Le père ou la mère, lorsque c'est cette dernière qui a requis la détention, peuvent toujours l'abréger, quand ils estiment que l'enfant est suffisamment puni. L'art. 379 le dit formellement pour le père ; il y a lieu d'étendre ce droit à la mère. Les parents ne peuvent faire incarcérer l'enfant, que pendant sa minorité (art. 372), et n'ont plus cette possibilité, lorsqu'il est émancipé.

L'enfant détenu peut d'ailleurs exercer un recours contre l'ordre d'arrestation, délivré par le Président du tribunal (art. 382). Ce recours est porté devant le Procureur Général du ressort, auquel l'enfant peut adresser un mémoire. Ce magistrat se fait rendre compte par le Procureur de la République, et fait un rapport au Président de la Cour d'appel, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous renseignements peut révoquer ou modifier l'ordre délivré par le Président du tribunal. Ce recours n'est pas un véritable appel ; il ne suspend pas l'exécution de la peine et la loi suppose qu'il est exercé par l'enfant détenu.

La détention de l'enfant ne se subit pas dans les mêmes locaux que les peines véritables. La loi du 5 août 1850 ordonne que dans toutes les maisons d'arrêt et de justice, un quartier distinct soit affecté aux mineurs enfermés par voie de correction paternelle (art. 2) Ils doivent être entièrement isolés des détenus de leur âge (décret du 11 novembre 1885 art. 30).

Le système du Code civil maintenant le droit de correction paternelle a été bien souvent critiqué. On lui reproche d'être organisé de façon défectueuse et de n'avoir jamais pour effet d'amender les enfants. Les raisons qui déterminent les parents à recourir à cette mesure regrettable, mais souvent nécessaire, sont surtout des vices du caractère, de mauvaises habitudes qui ne se corrigent pas par un emprisonnement de quelques semaines ou même de quelques

mois. De plus la séparation si bien réglementée par les lois et décrets ne peut, la plupart du temps, être effectivement maintenue entre l'enfant détenu par voie de correction paternelle et les autres. Il en résulte trop souvent hélas, une promiscuité dangereuse et les enfants sortent de prison plus mauvais qu'ils n'y étaient entrés.

Les faits démontrent aussi les abus odieux auxquels donnait lieu parfois le droit de correction avant que la jurisprudence ait abouti à un examen des motifs invoqués, lorsque le père agissait par voie d'autorité. : « Au lieu de se trouver, comme on l'aurait cru volontiers, en présence d'une famille qui subit une épreuve douloureuse, qui a lutté vainement contre les mauvais instincts d'un enfant, et qui se sentant désarmée, se voit à contre cœur, obligée de recourir à la loi, le plus souvent on avait devant soi des parents qui n'avaient aucun souci de leurs devoirs, et qui étaient en grande partie responsables des fautes de leurs enfants. Parfois même le droit de correction n'était entre les mains des parents qu'une vengeance ou une menace, un moyen de vaincre les résistances de leurs enfants à se livrer au vice,à la débauche,ou à une exploitation scandaleuse» (Charmont op. cit. p. 149).

Beaucoup d'auteurs demandent donc aujourd'hui la suppression du droit de correction parceque l'enfant n'en retire aucun bien, parce que la prison corrompt ceux qu'elle a la prétention de corriger. D'autres estiment avec raison, qu'il faudrait transformer les prisons, en écoles de réforme, où l'enfant recevrait une véritable éducation, de nature à assurer son redressement moral, et où il resterait, non pas quelques mois, mais pendant une période beaucoup plus longue (Voir Berthélemy. Revue philanthropique février 1899 — et la proposition de loi précitée de M. René Besnard). D'après les statistiques du Ministère de la Justice, la moyenne des ordonnances d'incarcération rendues annuellement de 1875 à 1895 n'atteint pas 1200.

Section VI

Le droit d'exhérédation

Un certain nombre d'auteurs ont regretté que le père ne puisse pas exhéréder ses enfants, quand il a contre eux de graves sujets de plainte. Cette faculté existait dans l'Ancien Droit, où l'on suivait la novelle 115, qui déterminait quatorze causes d'exhérédation, et les ordonnances en avaient ajouté une quinzième. Malheureusement ce

système était souvent la source de procès scandaleux ; il a été abandonné par le Code Civil.

Le Play et ses partisans réclament énergiquement pour le père de famille, la liberté de tester. Ils voient par ce moyen, la possibilité pour le père, de choisir parmi ses enfants, celui qu'il juge le plus capable de continuer l'œuvre de la famille. Ils considèrent que notre régime successoral a consacré le morcellement de la propriété, et que la certitude de l'héritier de n'être pas dépouillé ébranle l'autorité du chef de famille. Notre Ancien Droit, au contraire, dans le but de conserver intact le patrimoine familial s'efforçait par des moyens divers, droit d'aînesse, exclusion des filles, substitutions et majorats, d'en assurer la transmission à une seule personne. Mais le droit révolutionnaire s'empressa de poser le principe du partage égal entre héritiers du même degré, et ce principe a été maintenu par le Code Civil.

Le redoutable pouvoir d'exhérédation que Le Play voudrait voir entre les mains du père de famille aurait-il un résultat social heureux ? Il n'est pas certain que l'enfant le plus digne aurait la faveur de ses Parents ; ceux-ci seraient peut être parfois influencés par l'enfant le moins scrupuleux et n'useraient pas de leur droit à bon escient. « Pour que la liberté testamentaire donnât les résultats féconds qu'en attendait Le Play, il faudrait, écrit M. Planiol (T. III. p. 790) que chaque homme atteignit l'idéal parfait du père de famille éclairé et sûr de ses décisions. »

Nous pensons qu'il y aurait peut-être lieu d'étendre les causes d'indignité, qui sont actuellement assez limitées, mais que l'égalité des partages et le principe de la réserve doivent être maintenus pour des raisons morales et dans l'intérêt social.

Le Play et ses partisans font ensuite remarquer qu'avec la règle posée par l'art. 815, trois solutions s'offrent aux héritiers. L'arrangement amiable ou la licitation, dont le résultat est de laisser le domaine entre les mains d'un seul héritier, à charge par lui de payer à ses cohéritiers, une soulte ou somme d'argent ; la vente du domaine à un étranger et le partage du prix entre les cohéritiers ; enfin le partage en nature. Dans le premier cas, la soulte versée oblige souvent le cohéritier à emprunter, peut-être à hypothèquer, et grève ainsi son budget de gros intérêts. Lorsque le domaine est vendu, et le prix partagé par les cohéritiers, c'est la plupart du temps l'exode vers la grande ville et la désertion des campagnes.

Enfin, malgré les précautions prises par le Code, relativement à la composition des lots, le partage en nature rend l'exploitation agricole très difficile. Les bâtiments mis dans le lot d'un seul héritier sont souvent trop importants pour une exploitation réduite.

La division des champs et des prés rend impossible l'emploi des machines et frappe de stérilité une partie du sol, en multipliant le nombre des clôtures, et des chemins d'exploitation. Faute de pouvoir avantager l'aîné, on supprime les cadets, et le partage forcé exerce sur la natalité une action restrictive.

Le Play propose donc, de permettre au père, à défaut d'une liberté absolue complète, d'avantager plus particulièrement l'un de ses enfants. Ces idées sont encore soutenues, à l'heure actuelle, par ses continuateurs : « La famille étant la base sociale, écrit M. Massabuau, le rôle du chef de famille doit être tout d'abord rétabli dans toute son étendue » (Réf. soc. septembre 1918 p. 226).

On fait valoir que la famille est la succession des générations liées par la communauté des souvenirs, la possession des mêmes biens, la fidélité des traditions ; que notre régime actuel aboutit à donner peu d'efficacité à l'autorité paternelle, et à détruire l'héritage, c'est-à-dire l'institution qui en reliant les générations les unes aux autres assure normalement la continuité de la race.

Ces critiques contiennent une part de vérité, mais aussi beaucoup d'exagération. L'égalité entre les descendants est la seule idée conforme à nos principes de justice ; on se demande ce que deviendraient les cadets ne pouvant vivre sur place, dans une situation d'infériorité vis-à-vis de l'aîné (voir Cauwès. Economie politique T III p. 471. Charmont op. cit. p. 11). Comme l'écrit fort justement M. Viollet (Précis p. 446) il y a « une inexpérience enfantine à vouloir refaire artificiellement le passé, et c'est méconnaître la force irrésistible des phénomènes historiques. »

Notons cependant un effort intéressant du législateur français, dans le but d'assurer la conservation du foyer et la stabilité de la famille. La loi du 12 juillet 1909 et un décret du 26 mars 1910 ont organisé le bien de famille insaisissable. Mais les résultats obtenus jusqu'ici n'ont pas répondu à l'attente générale, parce que la loi est trop souvent ignorée et que ses formalités sont nombreuses et compliquées pour de petits propriétaires ruraux. Depuis la promulgation de cette loi, 243 biens de famille seulement ont été constitués (85 urbains 158 ruraux). Dans 40 départements personne n'a songé à bénéficier de ses dispositions. La valeur des biens constitués atteint rarement le maximum fixé par la loi ; la moyenne s'établit entre 4000 fr. et 5000 fr., trois seulement vont jusqu'à 8000 fr. (Voir Réf. Soc. 1914 1).

Voir sur le projet de suppression de l'art 815 et la liberté de tester: Réf. soc. 1. 16 juin 1915 ; 1- 16 octobre 1916 ; 1. 16 avril 1918, 1- 16 mai 1918.

Section VII

Le Droit de jouissance légale

Le Code Civil généralisant et simplifiant la garde noble et la garde bourgeoise de notre Ancien Droit, a attribué aux père et mère, la jouissance des biens de leurs enfants mineurs de 18 ans (art. 384).

C'est le droit de percevoir les revenus de l'enfant, sans être obligé d'en rendre compte ; il est exercé surtout par le survivant des père et mère, lorsque l'enfant a recueilli la succession du prédécédé.

Ne sont pas soumis à la jouissance légale les biens acquis par le travail séparé de l'enfant, les biens qui lui ont été donnés ou légués avec exclusion expresse (art. 387), les biens provenant de successions dont les parents ont été exclus comme indignes (art. 730). D'autre part, les père et mère, bénéficiant de la jouissance légale, doivent notamment nourrir, entretenir et élever leur enfant, en proportion de sa fortune personnelle.

La cessation de la jouissance légale se produit en cas de décès du dernier mourant des père et mère, en cas de mort de l'enfant, lorsqu'il est émancipé, lorsqu'il a atteint l'âge de 18 ans ; ou quand il y a abus de jouissance. Lorsque le divorce est prononcé contre le père, ce droit passe à la mère ; s'il est prononcé contre la mère, il ne s'opère pas de dévolution à son profit à la mort du père ; s'il est prononcé aux torts réciproques des deux époux, aucun d'eux n'en bénéficie. La même observation s'applique en cas de déchéance du père, ou de la mère, dans les conditions prévues par la loi de 1889. Enfin le défaut d'inventaire après la dissolution de la communauté dans l'hypothèse prévue à l'article 1442 est également une cause d'extinction. Depuis la loi du 21 février 1906, le convol de la mère en secondes noces ne lui fait plus perdre ce droit. (art. 386).

Section VIII

Le Droit d'Administration légale

Le père, et à défaut du père, la mère, ont l'administration légale des biens de leur enfant mineur (art. 389). Cette hypothèse est assez rare, puisque la première succession qu'un enfant puisse recueillir

est celle de son père ou de sa mère, et que dans ce cas la tutelle s'ouvre. Cependant il peut arriver que du vivant de ses père et mère, l'enfant possède une fortune personnelle provenant de donation, de legs, ou de la succession de ses frère et sœur.

Le Code n'avait nullement réglementé le droit d'administration légale ; la loi du 6 avril 1910 l'a organisé en ajoutant onze alinéas à l'art. 389.

Si le père a qualité pour faire seul tous les actes de simple administration (baux, contrats relatifs à l'entretien des biens), s'il peut accomplir seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le conseil de famille ; si ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale qui frappe les biens du tuteur, s'il n'est pas astreint à donner caution, et si par suite l'enfant n'a pas de garantie légale contre son père, la loi de 1910 a soumis ce dernier au contrôle de la justice pour toute une catégorie d'actes importants.

Il résulte de l'art. 389 al. 8 et des renvois qui sont faits à divers articles du Code Civil, du Code de procédure civile, et de la loi du 27 février 1880, que le père doit obtenir l'autorisation du tribunal lorsqu'il veut : 1° Aliéner les valeurs mobilières dont le capital est supérieur à 1500 f.; 2° Convertir des titres nominatifs en titres au porteur, lorsque leur valeur dépasse ce chiffre ; 3° Aliéner un immeuble, 4° Constituer un droit réel immobilier et notamment hypothèquer, 5 Emprunter ; 6° Faire une transaction, sans cependant qu'il soit nécessaire de recourir à l'avis de trois jurisconsultes.

Le père doit faire emploi des capitaux dont la valeur dépasse 1500 fr., mais cette disposition est dépourvue de sanction ; quand il s'agit du prix d'une vente que le tribunal doit autoriser, le juge peut, en ordonnant le placement de l'argent, prescrire un mode d'emploi déterminé ; dans les autres cas le père est libre de choisir telle ou telle valeur de remplacement.

L'autorisation est donnée par le Tribunal en chambre du conseil, le Ministère public entendu; si l'autorisation est refusée, il n'y a pas lieu à appel. Dans certains cas, lorsque notamment le père est en conflit d'intérêts avec son enfant, le tribunal nomme un administrateur ad hoc.

L'acceptation d'une succession ne peut-être faite que sous bénéfice d'inventaire, l'art 461 in fine étant étendu au père, mais l'administrateur légal peut répudier purement et simplement (art. 462).

L'administration légale peut cesser, par suite de toute une série de circonstances, notamment lorsque l'enfant devient majeur ou lorqu'il est émancipé, lorsque la mort du père ou de la mère donne naissance à l'ouverture de la tutelle, lorsque la déchéance de la

puissance paternelle est prononcée par application de la loi du 24 juillet 1889.

L'administration légale ne cesse pas, mais l'administrateur perd son droit lorsqu'il est en état d'absence, lorsqu'il est interdit, lorsqu'il lui a été donné un conseil judiciaire, et lorsque pour faute grave et mauvaise gestion, à la demande de celui des parents qui n'est pas investi de cette administration ou d'un parent ou allié de l'enfant, ou du ministère public, la déchéance de ce droit a été prononcée par le tribunal.

Si l'un de ces évènements se produit en la personne du père, le droit d'administration légale passe à la mère ; et si ce droit lui ayant été dévolu, une cause de déchéance se produit en sa personne, il y a lieu à nomination d'un administrateur permanent.

La loi de 1910 décide qu'en cas de divorce ce droit appartient à celui des parents à qui est confiée la garde de l'enfant, à moins qu'il n'en soit autrement décidé par le tribunal ; cette solution est étendue à la séparation de corps.

Enfin le père doit administrer en bon père de famille ; il est responsable de toute faute même légère. (art. 389 al. 5).

Section ix

Extension des droits de l'enfant mineur.

Quelques lois spéciales ont étendu les droits de l'enfant mineur, portant de sérieuses atteintes à la puissance paternelle.

La loi du 9 Avril 1881 sur la caisse d'épargne postale (art 6) et la loi du 20 juillet 1895 (art 16) sur les caisses d'épargne, ont permis aux mineurs de se faire ouvrir des livrets sans l'intervention de leur représentant légal. Ils peuvent retirer sans cette intervention mais seulement après l'âge de 16 ans révolus, les sommes figurant sur les livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leur représentant légal.

La loi du 24 Décembre 1896 sur l'inscription maritime, confère, dans certains cas, une capacité plus étendue au mineur pour certains actes, tels que le devancement d'appel, l'engagement sur les navires de commerce, le règlement à l'amiable ou judiciaire des créances en résultant (art.51).

La loi du 12 juillet 1905 sur les justices de paix (art. 5 et 16) ; du 28 mars 1907, sur les conseils de prudhommes (art 37) ont conféré aux mineurs, la faculté de plaider, devant ces juridictions, dans les litiges concernant l'exercice de leur profession en remplissant certaines conditions.

Le mineur parvenu à l'âge de seize ans, ne peut disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Le Code a voulu protéger la famille contre les entraînements de la passion, dont peuvent être victimes certains jeunes gens. En effet le patrimoine du mineur provient, la plupart du temps, non pas de son travail personnel, mais d'un héritage antérieur, et par conséquent, il faut éviter que ce bien familial tombe entre les mains de personnes étrangères, à la suite de manœuvres blamables ou d'une faiblesse momentanée.

Mais la guerre fit naître une situation nouvelle : « Sans parler des engagés volontaires, écrivait dans son rapport du 2 juillet 1915, M. le Député Emile Bender (annexe 1075. J. Off. du 25 juillet 1915 p. 698), deux classes de mineurs appelés sous les drapeaux, risquent à chaque instant leur vie, pour la défense du sol et de la civilisation. L'homme jugé capable de verser son sang pour la Patrie, doit-être également capable d'exprimer ses volontés testamentaires, sans restrictions. Il n'existe aucune raison de le priver d'un pareil droit, quand il accomplit tous ses devoirs. Nul doute que le danger. la conscience d'une haute mission remplie ne hâtent, chez ces jeunes gens la maturité de l'esprit. La restriction de l'art. 904, peut dans le cas où le mineur n'a pas d'héritiers, priver des personnes dignes de son affection, de la moitié de sa fortune, qui reviendrait à l'Etat. Les hasards de la vocation héréditaire peuvent faire bénéficier de la moitié de ses biens, des collatéraux indignes dont il a toujours eu à se plaindre. »

Certains firent remarquer que c'était une grande imprudence de conférer au mineur mobilisé la pleine faculté de tester, le fait d'être appelé à défendre le pays ne pouvant le doter immédiatement de la maturité d'esprit suffisante pour disposer de ses biens. Ils montrèrent à quels entraînements pourraient être exposés des jeunes gens de dix-huit ans, pendant les périodes de permission, ou au cours d'une convalescence, et quelle proie facile, ils pourraient devenir s'ils tombaient sous l'influence des femmes cupides. D'autres rappelèrent le caractère grave et sérieux des jeunes poilus venus en permission.

C'est dans ces conditions que fut votée, la loi du 28 octobre 1916

aux termes de laquelle le mineur âgé de plus de seize ans et de moins de vingt et un ans, appelé sous les drapeaux pour une campagne de guerre, peut pendant la durée des hostilités, disposer de la même quotité de biens qu'un majeur, s'il n'a pas de parents, au 6me degré inclusivement, et dans le cas contraire pourvu qu'il dispose en faveur d'un ou plusieurs de ses parents ou en faveur de son conjoint survivant. La loi protège donc tous les parents jusqu'au 6me degré et le conjoint survivant, puisque ce n'est qu'en leur faveur que le mineur mobilisé peut disposer librement. Elle empêche ainsi de sortir de la famille, un patrimoine qui doit d'autant plus y rester que le mineur n'a pu se créer personnellement sa fortune. A défaut de parents au 6me degré, ce qui équivaut à la parenté de cousin issu de germain, à défaut de conjoint survivant, il peut disposer librement de ses biens. Il y a là une tendance marquée du législateur à faire cesser les effets de la parenté à partir du 6me degré.

---

(1) Rapprocher notamment la disposition de l'art 17 de la loi de finances du 31 Décembre 1917 modifiant l'art. 755, à l'expiration du délai de 6 mois après la cessation des hostilités. Les parents collatéraux au delà du sixième degré ne succèdent pas, à l'exception toutefois, des descendants des frères et sœurs du défunt. Toutefois les parents collatéraux succèdent jusqu'au douzième degré, lorsque le défunt n'était pas capable de tester et n'était pas frappé d'interdition légale.

Section X

Déchéance de la puissance paternelle

§ 1. *Avant 1889.*

Le législateur de 1804, imbu des doctrines romaines répugnait à l'idée de l'intervention de l'Etat, dans le domaine de la famille. « Le problème était celui-ci, écrit M. Delzons (op. cit p. 163.) Voici des parents que le Code civil investit de droits sur la personne de l'enfant, et de devoirs envers lui. Les devoirs, ils n'en remplissent aucun ; les droits ils en abusent. On voudrait agir, en faveur de cet enfant, le transplanter dans un milieu sain, lui donner de bons exemples, le sauver enfin. Mais cela n'est possible que du consentement des parents, et s'ils refusent aucune puissance ne les fera céder. Car, ils détiennent cette puissance paternelle qui est d'ordre public, et que tous, autorité de l'Etat comme particuliers doivent respecter. Pratiquement le père le plus indigne pourrait requérir le Commissaire de police d'enlever son enfant aux personnes charitables qui l'auraient recueilli. A ce point, l'alternative se posait de la façon la plus énergique et la plus nette, la puissance paternelle et l'intérêt de l'enfant se heurtaient directement ; il fallait choisir. »

C'est l'intérêt de l'enfant qui a triomphé sans cesse, au cours de tout le XIX^e^ siècle ; les lois de 1889 et de 1898 sont l'aboutissement logique d'une longue évolution.

Les art. 331, 333, 334 du C. pénal punissaient de peines beaucoup plus sévères les père et mère qui avaient commis sur la personne de leur enfant, le crime de viol ou celui d'attentat à la pudeur, ou qui avaient excité, favorisé ou facilité leur débauche. L'art. 335 C. pénal leur interdisait toute tutelle ou curatelle, toute participation aux conseils de famille pendant un certain nombre d'années et les privait des droits et des avantages à eux accordés sur la personne et les biens de leur enfant par le Code civil.

Ces textes sont toujours en vigueur ; mais hors le cas de crimes et de délits, un grand nombre de parents se montraient indignes des pouvoirs que la loi leur avait confiés, maltraitaient ou abandonnaient leurs enfants. Les tribunaux n'avaient que des moyens

d'action fort limités, et n'osaient pas porter directement atteinte aux droits du père.

Lorsque l'enfant souffrait de la mauvaise conduite ou de la brutalité de ses parents, lorsque sa moralité et sa santé étaient par suite en danger, les tribunaux enlevaient sa garde au père ou à la mère. L'enfant était alors confié à une tierce personne, et cette mesure le préservait des mauvais traitements et des mauvais exemples. Parfois même les tribunaux interdirent aux parents le droit de voir leurs enfants (D. 1856. 1. 290 — 1864. 1. 301 — 1879. 1. 223.) Cette jurisprudence hardie s'appuyait sur les articles 302 et 444 du Code civil en raisonnant par voie d'analogie. Elle avait pour elle la tradition des pays de coutume ; elle était la conséquence logique de l'idée que la puissance paternelle est exercée dans l'intérêt de l'enfant, mais elle était critiquée par ceux qui sont des défenseurs de la stricte légalité (Laurent t. VI n° 291.)

La loi du 7 Décembre 1874 sur les enfants employés dans les professions ambulantes établit trois nouveaux cas de déchéance ; lorsque les père et mère ont livré leur enfant à une personne exerçant une profession ambulante (voir l'énumération qui figure à l'art. 1er) ; lorsque les père et mère ont livré leur enfant à des gens sans aveu, faisant métier de mendicité ; enfin lorsqu'ils les ont employés eux-mêmes à mendier soit ouvertement, soit sous l'apparence d'un métier. La déchéance n'a lieu que si l'enfant a moins de seize ans ; elle n'est encore que facultative pour le tribunal.

§ 2. *La loi du 24 juillet 1889*

Une réforme législative plus complète s'imposait. Le 27 janvier 1881, une proposition de loi fut présentée au Sénat par M. Th. Roussel et plusieurs de ses collègues. Quelques mois après, un autre projet préparé par une Commission extra parlementaire était déposé par le Gouvernement. Mais les énormes charges financières qui allaient grever le budget par l'adoption de ce projet qui bouleversait toute la législation des enfants assistés amenèrent le Gouvernement à sacrifier les dispositions qui devaient occasionner le plus de frais. Le projet considérablement restreint, mais subsistant cependant dans ses dispositions essentielles, devint la loi du 24 juillet 1889.

Cette loi a créé deux sortes de causes de déchéance. La déchéance de plein droit est la conséquence légale de certaines condamnations pénales : toute condamnation pour excitation habituelle de son propre enfant à la débauche ; une seconde condamnation pour

excitation habituelle de mineurs à la débauche ; toute condamnation pour crime commis sur la personne de l'enfant ; une seconde condamnation pour délit commis sur la personne de l'enfant ; toute condamnation pour crime commis en participation avec l'enfant ; une seconde condamnation pour délit commis en participation avec l'enfant.

La déchéance est seulement facultative, c'est-à-dire qu'elle peut être prononcée par la justice dans les cas suivants : une condamnation pour crime, autre que les crimes politiques prévus par les art. 86 à 101 C. pénal ; seconde condamnation pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfant, ou pour vagabondage ; seconde condamnation pour ivresse publique ; toute condamnation par application de la loi du 7 décembre 1874, sus énoncée ; une condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche ; envoi de l'enfant dans une maison de correction. Enfin la déchéance peut également être prononcée par le tribunal lorsque, en dehors de toute condamnation, les père et mère, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants. Cette innovation est fort importante parce qu'elle laisse aux tribunaux un grand pouvoir d'appréciation.

La déchéance de la puissance paternelle est complète, sous réserve cependant du droit au respect, purement théorique et du droit aux aliments, fondé sur un motif d'humanité, qui dérive plutôt de la parenté. De même subsiste le droit de successibilité réciproque qui ne peut se perdre que par l'indignité.

La déchéance fait donc perdre toute une série de droits, notamment ceux de consentir au changement de nationalité de l'enfant mineur (art. 9 et 10), de consentir à son mariage, à son émancipation, à son adoption, à son engagement militaire avant 20 ans ; celui de le mettre en apprentissage (loi du 22 février 1851) ; ou de l'engager comme mousse ; celui de le faire incarcérer, celui d'être tuteur légal ou de lui désigner par testament un tuteur ; celui d'accepter en son nom les donations qui lui sont faites. La déchéance fait perdre aussi le droit de jouissance légale et le droit d'administration légale.

La loi de 1889 a mis fin à la controverse, qui existait à propos de l'art. 335 ; la déchéance se produit à l'égard de tous les enfants ou descendants. La loi est en outre applicable, non seulement aux père et mère, mais à tous les ascendants (art. 1).

L'action en déchéance est intentée devant la chambre du conseil du tribunal du domicile ou de la résidence du père ou de la mère,

par un ou plusieurs parents du mineur au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché ou par le ministère public (art. 3). Le Procureur de la République fait procéder à une enquête sur la situation de la famille du mineur, et sur la moralité de ses parents qui sont mis en demeure de présenter au tribunal leurs observations. Le ministère public ou la partie intéressée introduit l'action en déchéance par un mémoire énonçant des faits ; ce mémoire est notifié aux père et mère ou ascendants dont la déchéance est demandée ; un juge du tribunal est chargé de faire un rapport (art. 4).

Pendant l'instance en déchéance, la chambre du conseil peut ordonner relativement à la garde et à l'éducation des enfants telles mesures provisoires qu'elle juge utiles (art. 5). Après examen de l'affaire, sur le vu de la délibération du conseil de famille lorsqu'il a été convoqué, de l'avis du juge de paix du canton, après avoir appelé s'il y a lieu les parents ou autres personnes, et entendu le ministère public dans ses réquisitions, le tribunal prononce son jugement en audience publique. (V. art. 6 et 7 relativement à l'appel, ou à l'opposition si le jugement a été rendu par défaut et l'art. 9 donnant dans certains cas, compétence aux tribunaux répressifs).

Lorsque le père est déchu, et que la mère vit encore, la déchéance du père ne fait pas passer de plein droit la puissance paternelle entre les mains de la mère. Les tribunaux décident, dans l'intérêt de l'enfant, si la mère exercera ou non ses droits sur lui (art. 9). On a beaucoup critiqué cette extension de la déchéance à la mère, alors que le père a seul commis des actes répréhensibles ; mais cette disposition était indispensable pour assurer réellement l'application de la loi, dans le cas de vie commune du père et de la mère. Cette dernière à qui la tutelle aurait été confiée n'aurait pas pu empêcher la dangereuse influence du père ; quand bien même, elle n'aurait pas été complice des fautes commises par son mari, sa faiblesse aurait été fort dangereuse. Le milieu restant le même, la sanction aurait été inutile.

Lorsque la dévolution est refusée à la mère, la tutelle s'ouvre ; quand elle est accordée, elle se produit pour les enfants à naître aussi bien que pour les enfants déjà nés. Quand le père déchu de sa puissance contracte un nouveau mariage, duquel naissent un ou plusieurs enfants, la seconde femme peut se faire attribuer sur ces enfants, la puissance paternelle que le père ne peut exercer (art. 9).

Lorsque la mère a été elle-même frappée de déchéance, ou que, non déchue, elle n'a pas été investie de l'exercice de la puissance paternelle, ou enfin lorsqu'elle est prédécédée, le tribunal peut organiser la tutelle conformément au droit commun (art. 10). Il prend

de préférence ce dernier parti, plutôt que de confier l'enfant à l'Assistance publique, lorsque parmi les membres de la famille de l'enfant, il s'en trouve un qu'il juge digne d'exercer ce pouvoir protecteur. Au reste, la personne désignée n'est pas comme le tuteur ordinaire, obligée d'accepter cette charge. De plus, la tutelle ainsi constituée n'entraîne pas, en principe, hypothèque légale au profit du mineur sur les immeubles du tuteur. C'est que le tuteur de la loi de 1889 est donné à la personne plutôt qu'aux biens, le mineur dont il s'agit ayant encore le plus souvent ses père et mère et n'ayant pas, par conséquent de biens personnels. Toutefois l'hypothèse contraire peut se présenter ; aussi lorsque le mineur possède ou est appelé à recueillir des biens, le tribunal peut ordonner qu'une hypothèque générale ou spéciale soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée.

Lorsque l'organisation d'une tutelle de droit commun est impossible, la tutelle est confiée à l'Assistance publique. Cette tutelle a même ceci de particulier qu'elle a lieu de plein droit, à défaut de toute décision du tribunal sur l'attribution de la tutelle. Mais dans ce dernier cas, elle n'a que des droits provisoires, et elle cesse d'être tutrice lorsqu'un jugement intervient qui organise la tutelle dans d'autres conditions. Au contraire, lorsque la tutelle lui est déférée par le jugement même qui prononce la déchéance, elle est tutrice à titre définitif.

La loi de 1889 s'inspirant de l'intérêt de l'enfant, a prévu le cas, où une personne étrangère, dévouée à la cause de l'enfance malheureuse, désirerait, par des considérations éminemment charitables, s'attacher à l'enfant dont les parents sont frappés de déchéance, l'élever et le mettre en état de gagner sa vie. Dans ce but, elle a organisé une sorte de tutelle officieuse, très différente d'ailleurs de la tutelle officieuse du Code Civil.

Celle ci devant préparer l'adoption est subordonnée à des conditions rigoureuses, énumérées par les art. 361 et suivants, et qui ont réduit cette institution à l'état de lettre morte. Au contraire, la tutelle officieuse de la loi de 1889 a seulement pour but de faire bénéficier le mineur de soins particuliers et de le mettre mieux à même de gagner sa vie. C'est pourquoi les conditions de cette tutelle sont-elles beaucoup moins rigoureuses : le tuteur peut être âgé de moins de 50 ans ; il peut avoir des enfants ou descendants légitimes ; le mineur peut être âgé de plus de quinze ans ; le consentement des parents, même de ceux non déchus n'est pas nécessaire ; l'avis du conseil de famille n'est que facultatif pour le tribunal.

Cette tutelle officieuse peut s'ouvrir de deux manières différentes.

Elle peut être attribuée directement, au cours de l'instance, à la personne, qui par voie de requête au tribunal, demande à se charger de l'enfant (art. 13). Elle peut aussi intervenir après coup, au profit de la personne chez laquelle l'Assistance publique a placé l'enfant (art. 11). Mais cette personne ne peut demander utilement l'attribution de la tutelle officieuse, qu'après avoir gardé l'enfant, trois ans au moins. Ces trois ans constituent dans la pensée du législateur, une sorte de temps d'épreuve, à l'expiration duquel on peut penser qu'une telle demande est motivée par un attachement sérieux pour l'enfant, et non par un caprice momentané.

Le tuteur doit nourrir le mineur, l'élever et le mettre en état de gagner sa vie ; mais cette obligation n'est pas sanctionnée par la loi. L'art. 13 organisant en effet un système complet sur cette tutelle spéciale, il ne peut être question d'appliquer par voie d'analogie l'art. 369 C. civ., qui accorde au pupille une indemnité sur les biens du tuteur officieux, si celui-ci ne remplit pas ses engagements. Un recours éventuel de cette nature aurait éloigné de la tutelle, un grand nombre de personnes charitables.

Le tuteur officieux a l'administration des biens du pupille, et peut imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus de celui-ci (l'art. 13 renvoie à l'art. 365) ; de même à la fin de la tutelle, il doit rendre compte de son administration (art. 370). Il a les droits de garde et d'éducation, mais les droits de consentement au mariage et d'émancipation sont dévolus, en cas de déchéance, aux mêmes personnes qui les exerceraient, si les parents frappés de déchéance étaient décédés (art. 14). Le tuteur n'a donc jamais le droit de consentir au mariage de son pupille ; ce droit est exercé, suivant les cas, par la mère, par les ascendants ou par le conseil de famille. Le droit d'émancipation appartient à la mère, tant qu'elle est vivante et maîtresse de ses droits ; à son défaut, le tuteur officieux a seulement le pouvoir de requérir la convocation du conseil de famille qui statuera.

Telles sont les différentes sortes de tutelle organisées par la loi de 1889. Il convient de remarquer que le législateur n'a pas voulu que le père indigne fut déchargé des soins à donner à l'enfant, aussi, le tribunal, en prononçant sur la tutelle doit-il fixer le montant de la pension qui sera payée par les père, mère et ascendants, auxquels des aliments peuvent être réclamés ; si l'indigence des parents est constatée, il décide qu'aucune pension ne sera exigée (art. 12). Cette disposition ne s'applique qu'au cas de tutelle constituée dans les termes du droit commun, ou au profit de l'Assistance publique, mais elle ne s'applique pas au cas de tutelle officieuse, puisque le tuteur officieux est obligé d'élever le mineur à ses frais.

En 1899, les enfants ont été confiés dans 32 cas à la mère, dans 201 cas à un tiers, et dans 722 cas à l'Assistance publique. (J. off. du 13 décembre 1901).

Le père et la mère déchus ont le droit de demander au tribunal que l'exercice de la puissance paternelle leur soit restitué. Lorsqu'ils ont été déchus, par suite d'une condamnation pénale, ils ne peuvent demander cette restitution, qu'après avoir été réhabilités. Lorsque la déchéance a été prononcée par le tribunal civil, en dehors de toute condamnation pénale, l'action en restitution ne peut être exercée que trois ans après le jour où le jugement prononçant la déchéance est devenu irrévocable. (V. art. 15 et 16 relativement à la procédure).

Le tribunal, en prononçant la restitution de la puissance paternelle, fixe suivant les circonstances l'indemnité due au tuteur, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents, il ne sera alloué aucune indemnité. La demande qui a été rejetée ne peut plus être réintroduite, si ce n'est par la mère, après la dissolution du mariage.

Ceux qui avaient fondé de grands espoirs dans l'application de la loi de 1889 éprouvèrent bientôt une cruelle déception. Elle présentait de nombreuses imperfections, elle était trop compliquée, trop formaliste. D'autre part, les tribunaux hésitaient devant la rigueur des sanctions. La Circulaire du Garde des Sceaux du 21 septembre 1889 avait recommandé la plus expresse réserve aux Parquets, en dehors des cas où la loi exige formellement la déchéance ; les tribunaux méritèrent le reproche d'exagérer cette circonspection qui leur était conseillée.

Beaucoup trouvaient en effet que le remède était souvent hors de proportion avec le mal ; ils auraient préféré maintenir le système antérieur de la déchéance partielle n'enlevant aux parents que le droit de garde et leur laissant les autres droits dérivant de la puissance paternelle. Ils auraient voulu ne prononcer la déchéance que vis à vis d'un ou de plusieurs enfants, mais laisser subsister, dans certains cas, la puissance paternelle sur ceux à l'égard desquels le père ou la mère n'avaient point commis de faute grave.

Mais la jurisprudence, en présence des termes de la loi admit que la déchéance est nécessairement totale, et qu'elle s'applique à tous les droits qui composent la puissance paternelle. (Poitiers 21 juillet 1890. D. 1891, 2.73. Paris 15 déc. 1898. D. 1899. 2.57) ; qu'elle est générale et s'étend à tous les enfants. (Douai 8 mai 1893. D. 1893. 2.401. V. également note de M. de Loynes D. 1890. 1.233). Aussi les magistrats habitués à l'ancienne conception de l'autorité paternelle, reculaient-ils devant la gravité de la mesure à prendre

et essayaient d'y échapper. Quelques tribunaux s'abstenaient de prononcer la déchéance ; d'autres tentaient d'ordonner des mesures moins graves. (Trib. Rennes 18 sept. 1891. D. 1894. 2. 393. Paris 12 fév. 1894. D. 1894. 2.534)

Peu à peu, les résistances s'atténuèrent, et disparurent. Cependant, en dehors des cas de déchéance obligatoire, les tribunaux apprécient souverainement si la déchéance doit être prononcée. Ils se contentent souvent de surveiller l'exercice de la puissance paternelle, comme ils le faisaient avant la loi de 1889 et la limitent en cas d'abus (Paris 8 février 1912. D 1912. 2. 273. Note de M. Planiol).

§ 3. — *La loi du 19 avril 1898.*

La loi du 19 avril 1898, sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants, permet au juge d'instruction, *dans tous les cas de délits ou de crimes commis par des enfants ou sur des enfants,* d'ordonner en tout état de cause, le ministère public entendu, que la garde de l'enfant sera provisoirement confiée à un parent, à une personne ou à une institution charitable qu'il désignera, ou enfin à l'Assistance publique. Toutefois les parents de l'enfant jusqu'au cinquième degré inclusivement peuvent former opposition à l'ordonnance. L'opposition est portée à bref délai, devant le tribunal en chambre du conseil, par voie de simple requête (art. 4). Dans les mêmes cas, les cours ou tribunaux saisis du crime ou du délit peuvent, le ministère public entendu, statuer définitivement sur la garde de l'enfant (art. 5).

Il résulte de ce texte que le juge d'instruction et la juridiction de jugement peuvent statuer, l'un à titre provisoire, l'autre à titre définitif, sur la garde de l'enfant, non seulement dans les cas de crimes ou de délits limitativement énumérés par la loi de 1889, mais dans tous les cas de délits ou de crimes commis par des enfants ou sur des enfants. Toutefois, si généraux que soient ces termes, la loi de 1898 est moins large que la loi de 1889, puisque cette dernière s'applique même en dehors de toute condamnation.

Il convient de remarquer que le juge d'instruction ou la juridiction de jugement ont le pouvoir de prononcer, non point la privation de l'ensemble des droits résultant de la puissance paternelle, mais seulement la privation du droit de garde. En sorte que dans les cas visés par la loi de 1889 et de 1898, ils peuvent opter entre deux partis, et enlever au père la puissance paternelle avec tous les droits qui s'y rattachent ou simplement lui enlever le droit de garde.

Notons enfin que la déchéance du droit de garde n'est pas obligatoire mais qu'elle est facultative pour le juge d'instruction et les tribunaux, et que seules peuvent la prononcer les juridictions de répression.

Section XI

De la protection des Mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents

Le titre II de la loi de 1889 a pour objet la protection des mineurs dont les administrations d'assistance publique, les associations charitables ou les particuliers ont accepté la charge avec le consentement des parents ou qu'ils ont recueillis sans l'intervention de ceux-ci.

Avant cette loi, cette œuvre de sauvetage de l'enfant rencontrait très souvent un obstacle insurmontable dans les calculs intéressés des parents ; ceux-ci laissaient l'enfant, dans les premières années aux mains de ses protecteurs sans aucune récrimination, mais s'empressaient de revendiquer leurs droits sur sa personne, dès qu'il était en état de travailler. En vain leur opposait-on l'engagement qu'ils avaient souscrit de ne pas réclamer l'enfant avant sa majorité. La puissance paternelle est inaliénable, et le juge ne pouvait dans l'état de la législation se refuser à faire droit à leur demande (V. l'exposé des motifs J. off. du 21 avril 1889 p. 708).

Le projet voté par le Sénat consacrait législativement la validité du contrat de dessaisissement de la puissance paternelle intervenant entre les parents et les établissements ou particuliers ; mais le Conseil d'Etat fut hostile à ce projet et fit prévaloir la nécessité de l'intervention du pouvoir judiciaire. (J off. 21 avril 1889 p. 709).

Aux termes de l'art. 17, si les père, mère ou tuteur ont confié les enfants à des associations ou à des particuliers, le tribunal peut décider, sur la requête des parties intéressées, qu'il y a lieu, dans l'intérêt de l'enfant de déléguer à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents, et de remettre l'exercice de ces droits à l'établissement ou au particulier, gardien de l'enfant.

Si des parents ayant conservé le droit de consentement au mariage d'un de leurs enfants refusent d'y consentir en vertu de l'art. 148 C. civil, l'assistance publique peut les faire citer devant le tribunal, qui donne ou refuse le consentement, les parents entendus ou dûment appelés dans la chambre du conseil. (V. art. 17 et 18).

Si au contraire l'enfant a été recueilli sans l'intervention des parents, la loi exige qu'une déclaration soit faite dans les trois jours au maire de la commune ou au commissaire de police déclaration qui est transmise au préfet (art. 19). Les parents peuvent alors réclamer leur enfant ; mais s'ils ne l'ont pas fait dans les trois mois, ceux qui l'ont recueilli peuvent demander l'exercice de tout ou partie des droits de puissance paternelle. Dans le cas où le tribunal ne confère au requérant qu'une partie des droits de la puissance paternelle, il déclare par le même jugement que les autres, ainsi que la puissance paternelle sont dévolus à l'assistance publique.

Dans les cas visés aux art. 17 et 19, les père, mère ou tuteur qui veulent obtenir que l'enfant leur soit rendu s'adressent au tribunal de la résidence de l'enfant, par voie de requête. Après avoir appelé celui auquel l'enfant a été confié et le représentant de l'assistance publique, ainsi que toute personne qu'il juge utile, le tribunal procède à l'examen de l'affaire en chambre du conseil, le ministère public entendu. Le jugement est prononcé en audience publique.

Si le tribunal juge qu'il n'y a pas lieu de rendre l'enfant, aux père, mère, ou tuteur il peut, sur la réquisition du ministère public, prononcer la déchéance de la puissance paternelle ou maintenir à l'établissement ou au particulier gardien les droits qui lui ont été conférés. En cas de remise de l'enfant, il fixe l'indemnité due à celui qui en a eu la charge, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne sera alloué aucune indemnité. La demande qui a été rejetée ne peut plus être renouvelée que trois ans après le jour où la décision de rejet est devenue irrévocable.

La loi du 5 août 1916 a complété l'art. 20 de la loi de 1889. Aux termes du nouveau paragraphe, lorsque, par l'intervention du père, de la mère, du tuteur ou par décision de justice, l'enfant a été confié à une des personnes prévues à l'art. 19, s'il est établi que le parent qui réclame l'enfant s'en est depuis longtemps complètement désintéressé, le tribunal saisi par le tiers qui a recueilli l'enfant, peut en considération de l'intérêt de l'enfant, en maintenir la garde aux personnes à qui elle a été préalablement confiée, sauf s'il y a lieu, à déterminer les conditions dans lesquelles celui qui réclame pourra voir l'enfant. L'instance est poursuivie devant le tribunal

du domicile de la personne à qui l'enfant a été remis, et contradictoirement avec celui des parents qui le réclame.

L'initiative de cette loi revient à M. le député Violette : « Il ne faut pas, dit-il, dans l'Exposé des motifs de sa proposition (annexe n° 1687. J. off du 6 fév. 1916 p. 48 et 49) se lasser de perfectionner notre Code de l'enfance. Le droit du père est bien ; mais avant tout, l'intérêt de l'enfant. D'autant plus que très souvent, l'enfant n'est réclamé que lorsqu'il commence à gagner sa vie, et la réclamation paternelle dissimule mal une odieuse spéculation. Dès lors il faut laisser les tribunaux apprécier les intentions de celui des parents qui vient reprendre l'enfant. Il ne s'agit pas de prononcer contre lui aucune déchéance ; il s'agit seulement de prendre la décision qui conciliera l'intérêt de l'enfant et le droit des parents »

Notons enfin que les enfants confiés à des particuliers ou à des associations de bienfaisance sont sous la surveillance de l'Etat représenté par le préfet du département. Ce dernier peut toujours se pourvoir devant le tribunal civil afin d'obtenir dans l'intérêt de l'enfant que le particulier ou l'association soit dessaisi de tout droit sur l'enfant, et qu'il soit confié à l'Assistance publique. Le tribunal statue, les parents entendus ou dûment appelés ; la décision du tribunal peut être frappée d'appel, soit par le préfet, soit par l'association ou le particulier intéressé, soit par les parents. L'appel n'est pas suspensif. Les droits conférés au préfet appartiennent également à l'Assistance publique, dont les représentants sont les inspecteurs départementaux des enfants assistés, et à Paris, le directeur de l'administration générale de l'Assistance publique (art. 22, 23 et 24).

Par suite de toutes ces dispositions législatives, le service de l'Assistance publique s'est considérablement étendu. La législation antérieure qui reposait sur trois textes du 15 pluviose an XIII, du 19 janvier 1811 et du 5 mai 1869, a été complètement remaniée en 1904. Aux termes de l'art. 2 de la loi du 30 juin 1904, le service des enfants assistés comprend 1° *les enfants dits secourus et en dépôt*, Ces derniers se distinguent des enfants secourus c'est-à-dire assistés à domicile, en ce qu'ils sont momentanément recueillis. Ils ne sont que temporairement à la charge de l'Assistance publique : ils ne sont pas sous la tutelle de celle-ci et dès que cesse l'hospitalisation ou la détention de leurs père, mère ou ascendants, ils peuvent être repris par eux sans autorisation, car il n'y a eu ni déchéance, ni déplacement de la puissance paternelle. 2° *les enfants en garde*. Il s'agit des enfants confiés à l'Assistance publique par application de la loi du 19 avril 1898 (art. 4 et 5) sous réserve de l'art. 3

de la loi du 12 avril 1906. 3° *les enfants trouvés, les enfants abandonnés, les orphelins pauvres, les enfants maltraités, délaissés ou moralement abandonnés* sont placés sous la tutelle de l'autorité publique et dits pupilles de l'Assistance. Cette dernière catégorie comprend les enfants dont les parents ont été déclarés déchus de la puissance paternelle, et ceux admis dans le service des enfants assistés en vertu de la loi du 24 juillet 1889 (titre 1 et 2).

Au 31 décembre 1912, le nombre total des enfants assistés était de 150.040, plus 3546 en garde et 1306 en dépôt, sur lesquels 56200 étaient des enfants naturels, 7108 étaient des enfants trouvés; 105.945 des enfants abandonnés ; 14073 des orphelins ; 22000 des enfants moralement abandonnés. (Voir Réf. Soc. 1914 p. 572, 636 et 712, articles de M. Charpin et de M. de Witt Guizot).

La loi du 27 juin 1904 a été partiellement modifiée par les lois du 18 décembre 1906 et du 19 mars 1917. Il résulte de ces diverses dispositions que la protection des enfants de toute catégorie et la tutelle des pupilles de l'assistance publique sont exercées par le préfet ou par son délégué, l'inspecteur départemental. Elles sont exercées, dans le département de la Seine, par le directeur de l'Assistance publique de Paris. Le tuteur est assisté d'un conseil de famille, formé par une commission, de sept membres, élus pour quatre ans par le conseil général.

Les attributions du tuteur et du conseil de famille sont celles que détermine le Code civil, sous réserve des fonctions conférées au Trésorier payeur général et au receveur de l'Assistance publique de Paris, en ce qui concerne la gestion des deniers pupillaires. Ces attributions comprennent notamment le droit de donner ou de refuser le consentement au mariage, à l'émancipation, à l'engagement militaire. Il n'y a pas de subrogé tuteur. Les biens du tuteur ne sont pas soumis à l'hypothèque légale, instituée par l'art 2121 ; la gestion des deniers pupillaires est garantie par le cautionnement du comptable. En cas d'émancipation le conseil de famille charge l'un de ses membres des fonctions de curateur (art. 11, 12, 13 et 14). La loi du 18 décembre 1906 a modifié l'art 15 relativement à la gestion des deniers pupillaires, et la loi du 19 mars 1917 a appliqué ses dispositions aux enfants en dépôt et en garde.

L'enfant réclamé par ses parents peut leur être remis si le tuteur estime après avis du conseil de famille, que la remise est dans l'intérêt de l'enfant ; en outre, l'administration peut autoriser des remises d'essai durant lesquelles sa surveillance continue à s'exercer pendant un an au moins ; à l'expiration de ce délai, la remise devient définitive. Toutefois, pour les enfants maltraités ou morale

ment abandonnés, cette remise ne peut être faite aux parents déchus, de la puissance paternelle, qu'après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi de 1889, (art. 17).

Les parents doivent rembourser en une seule fois ou par versements mensuels échelonnés la dépense faite pour l'entretien de leur enfant à moins que la commission départementale ne les exonère en tout ou partie. L'indigence des parents est si fréquente qu'en réalité c'est l'Assistance publique qui paie la plus grande partie des frais, répartis inégalement entre l'Etat, les départements et les communes.

Toute remise de l'enfant à d'autres qu'à ses parents ou grands parents, même quand il est confié en vue d'une adoption ultérieure ne peut avoir lieu que sous réserve de la tutelle. Toutefois, lorsque l'enfant a été confié pendant trois ans à un particulier, à titre gratuit, ce dernier, même s'il est âgé de moins de 50 ans et l'enfant de plus de 15 ans, peut devenir le tuteur officieux de l'enfant, en obtenant le consentement du conseil de famille (art 18).

Aux termes de la loi de 1904, le pupille n'est maintenu dans l'établissement dépositaire que si son état de santé l'exige ; sauf exception, les pupilles de moins de treize ans sont confiés à des familles habitant la campagne. Les frères et sœurs doivent, autant que possible, être placés dans la même famille ou au moins dans la même commune.

: « Il semble paradoxal écrit M. Delzons (op. cit. p. 186) que des cultivateurs à qui l'Assistance publique remet un de ses pupilles le traitent aussi bien que leur propre enfant. En réalité l'existence familiale a gardé dans les campagnes sa vigueur et son efficacité presque intactes, par la double raison qu'elle rapproche sans cesse le père, la mère, les enfants, et qu'elle ne rencontre pas, comme celle des grandes villes et de la classe ouvrière, les tentations multiples de mal faire, le mauvais exemple, la contagion. Mais si cette existence, en elle-même est moralement plus saine, plus réconfortante, plus vraiment familiale, il s'y ajoute pour le pupille de l'Assistance publique, une circonstance favorable, le contrôle régulier des inspecteurs. Cette famille qui a recueilli l'enfant serait promptement rappelée à ses devoirs, si elle paraissait les oublier ; elle perdrait le bénéfice que représente l'enfant, si elle ne s'appliquait pas à l'élever convenablement. Et c'est ainsi par l'intérêt, par le stimulant qui lui vient d'une surveillance assez stricte, que la famille d'occasion est amenée à se conduire aussi bien et même mieux qu'une famille véritable. »

Si l'enfant est confié à des personnes charitables et dévouées qui s'efforcent vraiment de l'élever, de lui faire perdre jusqu'au souvenir des mauvais exemples qu'il aura eus sous les yeux, et de lui

donner de bons conseils, il pourra devenir un honnête homme et un bon citoyen. L'assistance publique ne parvient donc à atteindre le but qui lui est assigné, qu'en s'appuyant sur d'autres familles, et cette constatation est la condamnation manifeste des systèmes de Platon et de Rousseau, qui voudraient enlever l'enfant du milieu familial :

« Partout ainsi se justifie comme une loi scientifique, cette insigne vérité : il faut à l'enfant, la famille, écrit encore M. Delzons (op cit p. 191). La famille naturelle est-elle insuffisante ou nuisible? Il est vite fait de l'écarter, mais ce n'est que l'opération élémentaire primitive, qui rappelle ces interventions de la vieille chirurgie, dont la chirurgie moderne ne fait que rire. Il y a mieux à tenter. Il faut donner à l'enfant, la famille telle qu'elle devait être. Désormais et de plus en plus, ce sera la règle des œuvres qui voudront travailler pratiquement et sûrement au salut des enfants abandonnés ou coupables. »

Section XII

L'Enfance coupable

L'enfant est également soustrait à l'influence de sa famille, lorsqu'il commet un crime ou un délit; il est alors considéré, tantôt comme un coupable qu'il faut punir, tantôt comme un enfant qu'il faut élever et remettre dans le droit chemin. On a souvent remarqué que la mauvaise éducation est le principal facteur de la criminalité de l'enfant, et que la plupart du temps la famille est impuissante ou complice.

Aux termes de l'ancien art. 66 du Code pénal, l'enfant âgé de moins de 16 ans (texte de 1810), ou de moins de 18 ans (texte de 1906), qui avait agi sans discernement, était acquitté, mais selon les circonstances, était remis à ses Parents ou conduit dans une colonie pénitentiaire, pour y être élevé et détenu, pendant le nombre d'années déterminées par le jugement, sans pouvoir dépasser sa vingtième année (texte de 1810), sa majorité (texte de 1906). Lorsque la culpabilité de l'enfant s'explique par le défaut de surveillance, par la contagion des mauvais exemples, il est nécessaire de soustraire le mineur à l'influence désastreuse de sa famille, et de le transplanter dans un autre milieu.

La loi du 5 août 1850, sur l'éducation et le patronage des jeunes

détenus, décide que les jeunes gens acquittés, en vertu de l'article 66, comme ayant agi sans discernement, mais non remis à leurs Parents, sont conduits dans une colonie pénitentiaire. Ils y sont élevés en commun, sous une discipline sévère, et appliqués aux travaux de l'agriculture ainsi qu'aux principales industries qui s'y rattachent ; il est pourvu à leur instruction élémentaire.

Avant la loi du 19 avril 1898, le tribunal n'avait le choix qu'entre deux partis : rendre l'enfant à sa famille, ou l'envoyer dans une maison de correction.

Cette loi n'était destinée qu'à protéger les enfants victimes de leurs parents, ainsi que le prouve son titre, mais, sur l'initiative de M. le Sénateur Béranger, elle a bouleversé en trois mots, le régime antérieur. Dans tous les cas de délits on de crimes commis *par des enfants*, ou sur des enfants, le juge d'instruction commis, peut, en tout état de cause, ordonner, le ministère public entendu, que la garde de l'enfant soit provisoirement confiée à un parent, à une personne ou à une institution charitable qu'il désignera, ou enfin à l'Assistance publique, jusqu'à ce qu'il soit intervenu une décision définitive Dans les mêmes circonstances, les Cours ou tribunaux saisis du crime ou du délit peuvent, le ministère public entendu, statuer définitivement sur la garde de l'enfant, cela sans qu'il soit nécessaire de provoquer et d'obtenir au préalable la déchéance de la puissance paternelle. (art. 5).

Mentionnons également la loi du 11 avril 1908, sur la prostitution des mineurs, qui a pour but d'essayer de sauver par une éducation appropriée, les mineurs qui se livrent habituellement à la débauche soit clandestinement, soit publiquement.

Sur la demande des personnes investies de la puissance paternelle, de la tutelle, de la surveillance en vertu des art. 141 et suivants du Code Civil, et du droit de garde, conféré par une décision de justice, ou sur la demande du ministère public (art. 11 et 12), tout mineur de 18 ans, qui se livre habituellement à la prostitution peut être placé par décision du tribunal civil soit dans un établissement public spécialement organisé, soit dans un établissement privé régulièrement autorisé à cet effet, et approprié à sa réformation morale, soit enfin chez un parent ou un particulier, pour y être retenu jusqu'à sa majorité ou son mariage (art. 1 et 2).

La législation pénale, relative aux mineurs, a été profondément remaniée par la loi du 22 juillet 1912, qui est le résultat de la combinaison de deux propositions de loi faites à la Chambre des Députés, par MM. Deschanel et Drelon, l'autre au Sénat par M. Ferdinand Dreyfus. Elle a tenté d'arrêter, la criminalité juvénile qui a

fait, en France, au cours de ces dernières années des progrès effrayants.

En 1830, le nombre des infractions commises par des jeunes gens était d'environ 7.000, et c'étaient des infractions relativement légères. En 1911, le nombre des mineurs de 18 ans qui comparurent devant les Cours d'assises et les tribunaux correctionnels s'éleva à 14.603, (5.919 mineurs de 16 ans ; 8.684 mineurs de 16 à 18 ans) (Voir Réf. Soc. 1913 p. 757).

Les causes de cet accroissement sont multiples : la disparition des idées morales, la diminution de tout ce qui constitue l'autorité, les ravages causés par l'alcoolisme, la vague de paresse qui pousse les individus au vol, et par suite à l'assassinat; le travail de la mère à l'atelier ; enfin la survenance de l'état de guerre qui retenant aux armées les chefs de famille mobilisés a livré à l'abandon et par suite aux dangers de la rue, un grand nombre d'enfants. (Voir la statistique des arrestations dans le département de la Seine, au cours des années 1914 à 1917 — dans le Journal de statistique, mai 1919 p. 194).

La loi du 22 juillet 1912 distingue les mineurs de moins de 13 ans, les mineurs de 13 à 16 ans, les mineurs de 16 à 18 ans. Le mineur de 13 ans est présumé irresponsable ; il ne peut être condamné à une peine, pour les infractions qu'il peut commettre ; il y a lieu de prendre à son égard des mesures de surveillance et d'éducation. Au cours de l'instruction, une enquête est faite sur les antécédents de l'enfant et de sa famille. Le tribunal peut confier l'enfant, sous le régime de la liberté surveillée, soit à sa famille, soit à différentes personnes ou à certaines institutions charitables désignées par la loi, ou le remettre à l'Assistance publique.

Lorsque le mineur âgé de 13 ans et de moins de 18 ans commet une infraction, le tribunal doit rechercher s'il agit avec discernement. Le mineur, qui est déclaré avoir agi sans discernement, est, suivant les circonstances remis à ses Parents, ou confié à une institution charitable ou placé dans une colonie pénitentiaire, jusqu'à une époque qui ne peut excéder 21 ans. Dans les deux premiers cas, le tribunal peut le placer, sous le régime de la liberté surveillée ; il désigne alors un délégué, choisi de préférence parmi les membres de sociétés de patronage, des comités de défense des enfants traduits en justice, des institutions charitables agréées par le tribunal. Le délégué visite le mineur, fournit des rapports sur sa conduite au Président du Tribunal.

« La surveillance ne profite pas seulement à l'enfant qui y trouve la force de résister aux entraînements ; elle sert aux parents écrit

M. Delzons (op. cit. p. 187). Le plus souvent, ils ont péché par faiblesse, par insouciance, par ce laisser aller qui fait qu'on s'en remet au hasard d'arranger les choses. Aux audiences correctionnelles où comparaissent ces petits malheureux, on entend des pères, des mères protester avec véhémence que désormais, si l'enfant leur est rendu, ils s'en occuperont très soigneusement. Ce sentiment est sincère. Il ne suffirait peut-être pas, une fois apaisée la crainte de ne plus voir leur enfant, à faire persévérer ces parents dans leurs bonnes intentions. Mais la liberté surveillée entretient la crainte ; en même temps les conseils du surveillant affermissent les bonnes intentions et créent des habitudes de vigilance et de fermeté. La famille, ainsi refait sa propre éducation, à peu près comme le blessé, après un long intervalle d'inaction réapprend l'usage de ses membres. Quand l'épreuve a réussi et que l'enfant est désormais rétabli dans la voie du bien, il est certain que la famille elle aussi est rétablie dans sa fonction trop longtemps négligée. »

APPENDICE

La loi du 27 juillet 1917 instituant des Pupilles de la Nation

La France ayant demandé aux pères de famille le sacrifice de leur vie, a contracté vis-à-vis des descendants de ceux qui sont morts pour la défendre, une dette matérielle et morale. Cette dette existe aussi à l'égard des enfants de ceux qui sont revenus dans leur foyer mutilés et incapables d'assurer l'existence des leurs.

La loi du 27 juillet 1917 a pour origine un certain nombre de propositions, parmi lesquelles nous citerons plus particulièrement celle déposée le 22 avril 1915, par M. Léon Bourgeois et un grand nombre de ses collègues ; son examen fut renvoyé à une commission spéciale qui fut saisie le 17 juin 1915 d'un projet de loi, déposé sur le bureau du Sénat par M. Albert Sarraut, ministre de l'Instruction Publique.

« La proposition Léon Bourgeois, écrivait M. le député Bérard, dans son rapport du 29 décembre 1916, (J. Off. du 27 avril 1917. Doc. Parl. p. 291) porte très évidemment l'empreinte des idées sociales, hardies et généreuses qui sont celles de son principal auteur. Le rôle de la famille dans l'éducation et son influence légitime ne s'y trouvent assurément ni méconnus, ni diminués. Mais ce texte fait une large part, dans l'éducation du pupille, à l'action du milieu social et des organismes légaux. La proposition Léon Bourgeois procède d'une conception « étatiste » par comparaison avec le projet du Gouvernement ou projet Albert Sarraut. Celui-ci admet les œuvres et associations privées à un rôle plus actif et direct dans l'éducation des orphelins de la guerre. Il fait plus largement confiance à la famille, et ne prévoit qu'au cas où celle-ci n'est pas représentée l'intervention de la puissance publique ».

La discussion aboutit à un accord transactionnel à une sorte de compromis entre les idées différentes d'où procédaient respectivement la proposition Léon Bourgeois et le projet Albert Sarraut.

Il ne s'agissait primitivement que de faire protéger les enfants par l'Etat, mais au cours de la séance du Sénat du 17 mars 1916, M. Monis fit remarquer que chaque fois que le législateur était inter-

venu vis-à-vis des enfants orphelins, il l'avait fait sous ce mode très touchant de l'adoption ; et il cita les précédents historiques (J. off. du 18 mars 1916, p. 171).

Au nom du Gouvernement, M. Viviani, ministre de la Justice, tout en acceptant le principe de l'adoption fit remarquer qu'il y avait lieu d'en écarter les conséquences juridiques et sociales. D'après le Code civil, en effet, l'adopté hérite de l'adoptant, porte son nom ; il y a en outre une obligation alimentaire, d'autre part, les conséquences sociales aboutiraient à la main mise de l'Etat sur la famille et conduiraient à l'enlèvement de l'enfant à la famille, pour le placer dans un établissement d'enseignement public. « On ne laissera, déclara-t-il, au mot *adoption* que *ses conséquences nationales* (S. du 17 mars 1916 J. off. du 18 p. 172-173).

Aux termes de l'art. 1er de la loi, la France adopte les orphelins dont le père, la mère ou le soutien de famille, a péri, au cours de la guerre de 1914, victime militaire ou civile de l'ennemi. Sont assimilés aux orphelins, les enfants nés ou conçus, avant la fin des hostilités, dont le père, la mère ou le soutien de famille sont dans l'incapacité de gagner leur vie par le travail, à raison de blessures reçues ou de maladies contractées ou aggravées par suite de la guerre. Les enfants ainsi adoptés ont droit à la protection, au soutien matériel et moral de l'Etat pour leur éducation, jusqu'à l'accomplissement de leur majorité.

Sur la demande du représentant légal de l'enfant, autorisé spécialement par une délibération du conseil de famille, et, à son défaut, à la diligence du Procureur de la République, le tribunal, en chambre du conseil, vérifie si l'enfant réunit les conditions prévues aux art. 1 à 5, pour être dit « Pupille de la Nation ». Après avoir entendu le ministère public, et sans aucune forme de procédure, le tribunal ou la Cour, en cas d'appel, prononce sans énoncer de motifs « La Nation adopte (ou n'a pas adopté) le mineur X ». Un mois après le prononcé du jugement, si celui-ci n'est pas frappé d'appel, et dans le mois qui suit l'arrêt de la Cour, si l'adoption a été prononcée, mention en est faite, à la requête du ministère public, en marge de l'acte de naissance de l'enfant, et il ne peut être délivré d'expédition de cet acte, sans que cette mention y soit portée. (Art. 6, 7 et 8).

La loi a créé un certain nombre d'organismes destinés à assurer la protection des pupilles de la Nation. C'est tout d'abord l'office national, qui se trouve à Paris, qui est un établissement public, rattaché au ministère de l'Instruction publique, et qui présidé par le ministre se compose de 99 membres représentants de la nation, des

conseils généraux et municipaux, des grands corps de l'Etat et des groupements sociaux (V. art. 12 et 13).

Au chef-lieu de chaque département, existe un établissement public appelé office départemental des Pupilles de la Nation, dont la présidence est confiée au Préfet, et qui se compose de représentants de l'Etat et de représentants de certains groupements sociaux (V. art. 15).

L'office national a pour attributions de prendre ou de provoquer toute mesure d'ordre général jugée nécessaire ou opportune en faveur des pupilles de la nation ; de répartir entre les offices départementaux, les subventions de l'Etat ou le produit des fondations, dons ou legs ; de donner un certain nombre d'avis relativement à la gestion des biens ou à l'attribution des subventions aux parents, tuteurs, établissements publics ou privés, de statuer sur les recours formés contre les décisions prises par les offices départementaux (art. 11).

Suivant l'expression de M. le Sénateur Perchot, (J. off. du 1er février 1916. Doc. Parl. p. 383) l'office départemental, par ses relations intimes avec les enfants est le rouage essentiel de l'organisme, par l'intermédiaire duquel l'Etat exerce son patronage sur les pupilles de la Nation. Sans s'immiscer dans l'exercice de la puissance paternelle ou les fonctions de tuteur, il a le devoir de s'assurer qu'il est pris soin de la personne et de l'éducation du pupille. Il peut requérir du juge de paix, la convocation du conseil de famille, lorsqu'il lui semble opportun de provoquer une décision de ce dernier, sur une question concernant l'éducation, l'entretien de l'enfant, ou le choix d'une profession.

Il intervient en faveur des pupilles, soit en versant une allocation annuelle aux mères ou institutions qui se chargeront de les élever ; soit en favorisant le placement familial de ceux qui sont orphelins de père et de mère ; soit en faisant choix pour eux, d'accord avec la famille, d'un établissement scolaire, soit en les plaçant dans une école pratique et technique, soit plus tard, en les aidant à se créer une situation (art. 14).

L'office départemental assure la protection des pupilles par l'institution des conseillers de tutelle, dont nous montrerons bientôt la mission ; il veille à ce que les fonds alloués par l'Etat et l'office soient bien employés à l'entretien et à l'éducation du pupille ou mis en réserve à son profit (art. 22).

Ce texte préoccupa un certain nombre de sénateurs, et à la séance du Sénat du 15 juin 1916, M. de Lamarzelle s'en fit l'écho, en ces termes : « Toute la question qui nous divise est celle de savoir si dans le cas où la famille existe, une personne étrangère aura un

droit d'immixtion, de direction, pouvant amener un conflit dans le familles » M. le Sénateur Flandin, vice-président de la Commission répondit à ces préoccupations, en déclarant que l'office départemental, à qui la famille s'est adressée pour en obtenir les fonds, a le droit, au cas où l'enfant vagabonderait, de demander à la mère ce qu'elle a fait des fonds qui lui ont été remis pour placer l'enfant. L'office a doublement le droit d'intervenir, s'il apprend que la mère fréquente le cabaret, se livre à l'inconduite ou s'adonne à l'ivrognerie, car il y a malheureusement des exceptions à la respectabilité maternelle. (S. du 22 juin 1916, J. off. du 23, p. 567).

L'art. 22 charge également l'office départemental de veiller à l'observation des lois sur l'enseignement obligatoire, tout en respectant la liberté des parents ou tuteurs, et le cas échéant, la volonté testamentaire du père, quant au choix des moyens d'enseignement.

Le vote de cette disposition fut précédé d'un certain nombre d'amendements, émanant de ceux qui comme M. de Lamarzelle et M. Jules Delahaye redoutaient l'intrusion de l'Etat dans la famille. Pour répondre à leurs objections, M. Painlevé, ministre de l'Instruction publique, à la tribune du Sénat, et M. le Député Léon Bérard, dans son rapport précité spécifièrent que « les parents ou tuteurs choisiront selon leurs convictions et leurs préférences entre l'école laïque et l'école confessionnelle et qu'il ne pourrait rien être entrepris contre cette liberté ». Si les parents ou tuteurs remplissent les conditions exigées pour recevoir une subvention, elle leur sera accordée, dans quelque établissement scolaire que l'enfant soit inscrit ; mais comme des bourses ne peuvent pas être allouées par l'Etat, dans les établissements libres, il peut être servi dans ce cas une subvention aux parents ou tuteurs.

D'autre part, l'office départemental doit respecter la volonté testamentaire du père, quant au choix des moyens d'enseignement, mais si la mère a exercé la puissance paternelle après la mort du père, il faut reconnaître à sa volonté testamentaire, la même valeur qu'à celle de son mari. Si cependant on se trouve en présence de volontés contraires exprimées les unes par le père, les autres par la mère, la volonté du père doit l'emporter, conformément au droit commun.

L'office départemental requiert la convocation du conseil de famille pour statuer sur toutes mesures de nature à protéger la personne et les intérêts matériels et moraux de l'enfant, s'il estime qu'ils sont compromis par la négligence ou la faute du tuteur. Si le conseil ne prend pas les dispositions nécessaires, l'office invite le Procureur de la République, à requérir aux mêmes fins, devant le tribunal civil, statuant en chambre du conseil.

Enfin, dans tous les cas où par application des lois protectrices de l'enfance, et spécialement des lois des 24 juillet 1889 et 19 avril 1898, il y a lieu de confier à toute autre personne qu'à sa mère ou à ses ascendants, la garde ou la tutelle de l'enfant, le tribunal ou le juge peut la confier à l'office départemental (art. 22).

Notons aussi que cet office a pour mission de créer des sections cantonales, composées du conseiller général, des conseillers d'arrondissement, de maires, d'instituteurs ou d'institutrices, et de particuliers de l'un ou de l'autre sexe offrant toutes garanties de moralité et de compétence. Les sections cantonales ont pour mission de seconder l'action de l'office départemental, et d'assurer le contrôle sur les pupilles en résidence dans les communes (art. 17 et 18).

Connaissant les divers organismes créés par la loi du 27 juillet 1917, examinons les mesures de protection qui ont été prises, en faveur des pupilles de la Nation, et recherchons quelles modifications ont été apportées aux principes posés par le Code Civil.

Aux termes de l'art. 406, le conseil de famille, au moment de l'ouverture de la tutelle, est convoqué, soit sur la réquisition des parents ou des créanciers du mineur, soit d'office par le juge de paix. L'obligation n'est donc imposée à personne de prendre ou de provoquer cette mesure ; les prescriptions légales sont trop souvent lettre morte. « L'enfant est là, a dit fort justement, M. Léon Bourgeois ; s'il a de l'argent, on le connaît ; s'il n'en a pas on l'ignore ! »

La loi de 1917 a réalisé une importante réforme ; elle a décidé que si dans les quinze jours qui ont suivi l'ouverture de la tutelle, la réunion du conseil de famille n'a pas été requise par le parent compétent, le juge de paix du lieu d'ouverture de la tutelle est tenu de convoquer d'office le conseil de famille. Il peut provoquer par décision de justice l'exclusion des personnes qu'il considère comme incapables ou indignes (art. 20).

L'admission des femmes, autres que la mère ou les ascendantes au conseil de famille, et aux fonctions de tutrice était encore une innovation, mais entre le vote de la loi au Sénat et à la Chambre, est intervenue la réforme beaucoup plus générale introduite dans notre Code par la loi du 20 mars 1917.

Remarquons aussi qu'à défaut des parents ou alliés prévus par les art. 407 et suivants du Code civil, pour composer ou compléter le conseil de famille du pupille de la nation, le juge de paix fait appel aux membres de l'un ou de l'autre sexe, de l'office départemental et des sections cantonales, ensuite à toutes autres personnes agréées par l'office départemental.

La loi n'a apporté aucune modification aux règles du Code ci-

vil, en ce qui concerne l'attribution de la tutelle, la désignation des personnes appelées à l'exercer, s'il se rencontre auprès du pupille un père ou une mère, un tuteur testamentaire ou des ascendants. Que le mineur ait été ou non adopté par la Nation, le survivant des père et mère se trouve investi des fonctions et des droits de la tutelle ; il en est de même du tuteur testamentaire et de l'ascendant désigné par le droit commun. C'est seulement en l'absence de tout tuteur appartenant à l'une de ces trois catégories légales que le service public des pupilles de la Nation intervient dans l'organisation de la tutelle.

Aux termes de l'art. 21, s'il n'existe ni ascendants, ni tuteur testamentaire, ou si ceux-ci sont excusés de la tutelle ou en ont été exclus, le conseil de famille peut décider que la tutelle sera confiée à l'office départemental qui la délègue ensuite, sous son contrôle, soit à l'un de ses membres, soit à toute autre personne, de l'un ou l'autre sexe agréée par lui.

« Un projet d'inspiration franchement étatiste, écrit M. le député Léon Bérard, dans son rapport du 29 décembre 1916 (J. off. du 27 avril 1917. Doc. parl. p. 295) eût sans doute décidé qu'à défaut des personnes appelées par la loi, comme représentant directement la famille, la tutelle serait toujours déférée à l'office départemental. C'eut été supprimer pour les orphelins de la guerre, la tutelle dative du droit commun. Le texte n'a point consacré une telle innovation ; il n'a fait que maintenir ici les règles du Code civil, d'après lesquelles le conseil de famille, lorsqu'il lui appartient de nommer un tuteur dispose, quant au choix de la personne, d'une liberté illimitée. Et comme les membres de l'office départemental n'entrent dans la composition du conseil de famille qu'à défaut des parents et amis prévus par le Code, on ne peut prétendre que cette large faculté d'option soit illusoire. Le conseil de famille décidera donc librement s'il convient d'appeler à la tutelle une personne de son choix, ou s'il est préférable de confier cette charge à l'office départemental. Il se rencontrera parfois à côté du pupille, un frère aîné, une sœur, un oncle, qui auront pris soin de l'enfant et prouvé qu'ils étaient dignes et capables de diriger son éducation. C'est en ce cas, sur l'un de ces parents que se portera très légitimement, la préférence de l'assemblée de famille. Et tout aussi légitimement elle fera appel à l'office, chaque fois qu'il ne subsistera au foyer, aucune affection naturelle, prête à se consacrer à la formation de l'orphelin ».

« La tutelle exercée par un établissement public, ou au nom de celui-ci, par un de ses mandataires ou délégués, ne représente au-

cunement une nouveauté juridique, fait-il remarquer dans son rapport précité. C'est une conception législative analogue qui se retrouve, à travers toutes les différences résultant de la nature même des institutions, dans nos lois relatives aux pupilles de l'assistance. Là où la famille n'est plus représentée, il est normal qu'à l'aide de moyens administratifs variables, selon le but social qu'elle se propose, la puissance publique assume les soins de la tutelle ».

La loi prévoyant sous certaines conditions, l'adoption des enfants de mutilés et d'invalides, au même titre que l'adoption des enfants des morts, il peut arriver que le père et la mère du pupille de la nation soient tous deux vivants. Dans ce cas, il n'y a pas lieu, à ouverture de la tutelle, et le rôle de l'office est restreint considérablement. S'il a alloué une subvention, pour l'entretien et l'éducation du pupille, il a le droit d'en contrôler l'emploi, et de s'assurer que la somme accordée n'a pas été détournée de sa destination.

Lorsque le survivant des père et mère est investi de la tutelle légale, sur la personne du pupille, le tuteur joint aux droits attachés à cette qualité, les droits dérivant de la puissance paternelle : « Hors des circonstances où la négligence du tuteur ou ses fautes positives seraient telles qu'elles justifieraient d'après le droit commun lui-même un recours à l'autorité judiciaire, le rôle de l'office se bornera à un patronage moral, écrit M. Bérard. Que celui-ci se traduise parfois par des conseils désintéressés sur l'éducation de l'enfant, sur les voies où il convient de l'engager suivant ses aptitudes reconnues, nous ne supposons point que personne en puisse prendre ombrage. Une telle mission, assumée par des hommes consciencieux, d'esprit libre et probe, et remplie par eux, à la façon d'un devoir d'amitié, ne sera pas le moindre bienfait que l'on puisse attendre de la loi ».

Lorsque le pupille est placé sous la tutelle légale d'un de ses ascendants, quoique celui-ci ne soit pas investi de la puissance paternelle, il représente directement la famille que la loi entend respecter ; aussi « s'il est très légitime que l'office veille, comme c'est son devoir, à la protection de l'enfant adoptif de la Nation, ses interventions mesurées et prudentes doivent se régler sur toutes les convenances qu'impose le respect de la liberté du foyer. »

Il en est de même, lorsque la tutelle est exercée par un tuteur testamentaire, même étranger à la famille, car il tient sa fonction d'une volonté suprême du père ou de la mère du pupille.

Aux termes de l'art 23, lors de la première réunion du conseil de famille, le juge de paix fait connaître à l'assemblée les disposi-

tions de la loi, et invite le conseil à délibérer sur l'utilité de la désignation par l'office départemental d'un conseiller de tutelle, de l'un ou de l'autre sexe, pour seconder l'action morale du tuteur sur l'orphelin et protéger celui-ci dans la vie. Si la tutelle est exercée par la mère, par un ascendant ou par un tuteur testamentaire, l'assentiment de la tutrice ou du tuteur est indispensable pour l'institution d'un conseiller de tutelle, qu'ils ont qualité pour proposer et dont le choix est subordonné à leur agrément.

Au contraire, lorsque le tuteur est librement désigné par le conseil de famille, l'office possède une liberté plus complète et une activité plus grande. Au cas de tutelle dative, exercée par d'autres que par des ascendants, il y toujours lieu à la désignation d'un conseiller de tutelle, nommé par l'office départemental, soit sur la proposition du conseil de famille, soit d'office, en cas de non présentation ou de non-agrément.

Le projet primitif prévoyait qu'à tout pupille de la nation, l'office départemental pourrait désigner un tuteur social choisi parmi les personnes soumises à son agrément par le père, la mère, ou le tuteur du pupille, et à défaut de présentation ou d'agrément, parmi les membres de l'office départemental et des sections cantonales. L'article proposé spécifiait que « le rôle de ce tuteur social est de seconder l'action morale du tuteur sur l'enfant, et de protéger celui-ci dans la vie, de veiller à sa bonne conduite, de s'assurer qu'il reçoit les soins, en rapport avec ses aptitudes, avec sa position sociale et sa fortune, sans toutefois s'immiscer dans le libre exercice de la puissance paternelle, ou dans les fonctions de tuteur. »

La commission du Sénat se faisait la conception suivante de la mission du tuteur social : « Le tuteur social est, non pas un représentant tyrannique et autoritaire, mais un conseiller pour le tuteur légal, un ami et un guide éducatif pour le pupille. Il apporte une collaboration précieuse aux braves gens, qui auront accepté une tutelle de tout leur cœur, et qui, ultérieurement devant les difficultés pratiques d'une éducation à faire, hésiteront et se demanderont avec anxiété quelle est la voie à suivre. Une réelle latitude est laissée à la famille pour le choix du tuteur social, et d'ailleurs, il n'est pas obligatoirement donné à tout pupille. L'office départemental peut le proposer d'une façon générale, mais il ne l'impose que lorsqu'il le juge absolument nécessaire dans l'intérêt de l'enfant Ainsi dans un grand nombre de cas, alors que le père, la mère ou un ascendant assurera la tutelle, l'adjonction d'un tuteur social apparaîtra comme superflue, la situation du tuteur légal, l'affection naturelle qu'il porte au pupille, étant les meilleures garanties » (Rap-

port de M. le Sénateur Perchot du 25 nov. 1915. J. off du 1er février 1916. Doc. Parl p. 384.)

L'institution du tuteur social suscita les plus vives et les plus nombreuses critiques. Bien que sa désignation ne fut que facultative, il n'en était pas moins vrai que ce tuteur social pouvait être désigné à tout pupille même lorsque celui-ci avait encore sa mère et son père (V. le discours de M. Viviani, garde des sceaux — Sénat. S. du 10 mars 1916. J. off. du 11 mars p. 136). On y vit l'immixion la plus fâcheuse de l'Etat, dans la famille. L'esprit de conciliation qui animait tant la Commission que le Gouvernement et l'Assemblée, amena à substituer au tuteur social, le conseiller de tutelle.

Outre le changement de titre, il y eût un changement de fonction. En effet l'adjonction d'un conseiller de tutelle ne peut jamais être imposée au tuteur, lorsque celui-ci représente vraiment la famille, auprès du pupille ; et si dans ce cas, le tuteur accepte cette collaboration, il ne peut lui être nommé d'autre conseiller de tutelle que celui qu'il aura choisi ou agréé. Au contraire, lorsque le tuteur est nommé par le conseil de famille et choisi parmi des collatéraux ou des étrangers, il n'y a plus la même certitude d'affection pour l'enfant ; la désignation d'un conseiller de tutelle est obligatoire, mais dans ce cas encore, le conseil de famille peut en proposer un, la désignation n'est faite d'office qu'en cas de non présentation ou de non agrément.

Le conseiller de tutelle, sans jamais s'immiscer dans l'exercice de la puissance paternelle ou de la tutelle s'assure que les sommes allouées par l'Etat et l'office au pupille sont bien employées à son entretien et à son éducation, ou mises en réserve à son profit. Il assiste le tuteur de son expérience, veille à ce que l'orphelin ne soit pas laissé à l'abandon, à ce qu'il fréquente régulièrement l'école ou l'atelier et soit mis en situation de gagner honorablement sa vie. Il propose à l'office départemental, dont il est véritablement l'agent actif toutes mesures qu'il juge utiles dans l'intérêt de l'enfant.

L'office départemental peut relever de ses fonctions le conseiller de tutelle, soit sur sa propre demande, soit sur celle de la mère, du tuteur, d'un ascendant, du conseil de famille ou d'office. Si le conseil de famille estime qu'il y a lieu de nommer un nouveau conseiller de tutelle, la désignation ne peut se faire que dans les conditions précédemment indiquées (art. 24).

Lorsque la tutelle a été déférée à l'office départemental qui en a délégué l'exercice à une personne choisie par lui, l'office ou son délégué ont les droits et les pouvoirs d'un tuteur, tels qu'ils se

trouvent définis par le code civil. Mais comme la tutelle s'exerce ici, sous le contrôle, et avec la garantie d'un établissement public, organe d'Etat, il n'est point nommé de subrogé tuteur, et les biens du tuteur délégué de l'office, ne sont point grevés de l'hypothèque légale instituée par l'art. 2121 du Code civil. Il y a lieu de noter que s'il s'agit d'un tuteur ascendant ou testamentaire, le droit commun s'applique.

Dans son rapport précité du 25 novembre 1915, M. le Sénateur Perchot faisait en effet remarquer « qu'il convient de faire crédit à l'absolue probité des philanthropes qui assument la lourde charge d'un enfant et de les libérer de toute gêne dans la disposition de leurs biens. En proposant cette distinction, écrivait-il, la commission n'a fait d'ailleurs que suivre la voie ouverte par la loi du 27 juin 1904, art. 14, qui stipule que les biens du tuteur d'un enfant assisté ne sont pas soumis à l'hypothèque légale. Les deux situations se ressemblent singulièrement. »

La manutention des deniers et la gestion des biens des pupilles dont la tutelle est confiée à l'office départemental, appartient au trésorier payeur général ; les intérêts du pupille sont garantis par le cautionnement de ce fonctionnaire. Les fonds sont placés aux caisses d'épargne ou en rentes sur l'Etat. Le tuteur peut autoriser au profit du pupille le retrait de tout ou partie des fonds appartenant à ce dernier. (art. 21).

L'erreur du législateur fut de confier la gestion des *biens* du pupille, lequel a un tuteur, au trésorier payeur général, comptable public. M. Léon Bérard, dans son rapport à la Chambre (séance du 23 juillet 1917. J. off. du 24 juillet p. 1952) en donna l'explication suivante : « Comme il s'agissait d'organiser, une tutelle qui s'exercerait au nom et sous le contrôle d'un établissement public, il était logique et tout naturel que l'on se reportât, du moins quant aux règles de l'administration du patrimoine, à la législation de l'assistance publique. Malheureusement les rédacteurs du projet ne prirent point garde que les art. 13, 14 et 15 de la loi du 27 juin 1904 n'étaient plus en vigueur et avaient été modifiés par la loi du 18 décembre 1906. La loi de 1904 contenait en ce qui concerne la gestion des biens du pupille une contradiction flagrante. Il y était dit, d'une part que les fonctions de tuteur, lesquelles comprennent nécessairement l'administration des biens, appartenaient au préfet ; d'autre part que le trésorier payeur général était chargé de la manutention des deniers et de la gestion des biens et qu'il en répondait sur son cautionnement. Qu'un comptable public gère les deniers, les détienne dans sa caisse, en face des placements, c'est

tout à fait indiqué puisqu'il s'agit d'une tutelle exercée par un service public d'Etat. Mais comment le trésorier général va-t-il administrer les biens, si le préfet en est déjà chargé en qualité de tuteur ? Et sera-t-il responsable des actes d'administration accomplis par un autre fonctionnaire ? La loi du 18 déc. 1906 a fait disparaître ces anomalies, ces obscurités et ces doutes. Elle a nettement distribué entre le préfet et le trésorier général les pouvoirs et les responsabilités. Au préfet, la tutelle et la gestion des biens ; au comptable, la gestion des deniers. Ce sont évidemment ces dispositions de la loi de 1906 qu'il fallait reproduire, et non celles abrogées de la loi de 1904 ».

La loi nouvelle a donc consacré un système d'autant plus impraticable que le tuteur du pupille de la Nation est un particulier, investi sous le contrôle de l'office, d'un certain nombre de pouvoirs. Muni de l'autorisation du conseil de famille, et après avoir accompli toutes les formalités prescrites, il aliène des biens du pupille, les donne à bail ou les hypothèque. Le trésorier général ne peut intervenir pour critiquer ces opérations, mais alors, comment peut-on lui faire encourir une responsabilité quelconque ?

C'est en vain que M. Grousseau proposa une rédaction différente de ce paragraphe, laissant au trésorier général, uniquement la gestion des deniers du pupille (séance du 21 juillet 1917. Ch. J. off. du 22 juillet p. 1912). Son amendement fort justifié fut repoussé par le Gouvernement et la Commission, car il aurait entraîné le retour de la loi au Sénat et retardé son vote.

Le tuteur choisi par l'office dirige, sous l'autorité de celui-ci l'éducation du pupille dont il a la garde. Il décide de tout ce qui touche à son genre de vie, à son instruction, le tout sous réserve de se conformer à la volonté testamentaire du père, si elle a été exprimée.

Enfin le législateur a voulu reconstituer autant que possible pour les orphelins, le cadre familial qui leur manque ; aussi à la demande des tuteurs ou dans les cas prévus à l'art. 22 par décision du tribunal, ils peuvent être confiés, par l'intermédiaire de l'office départemental, soit à des établissements publics, soit à des fondations, associations ou groupements, soit à des particuliers présentant toutes les garanties nécessaires.

D'autre part, l'art. 27 a voulu rendre plus facilement applicable aux orphelins de la guerre l'institution de la tutelle officieuse. Un des effets principaux de ce contrat de bienfaisance par lequel une personne se charge d'élever gratuitement un enfant et de le mettre en état de gagner sa vie, consiste, en ce que, après cinq ans

révolus, le tuteur officieux peut conférer au pupille l'adoption par acte testamentaire. Par dérogation au droit commun, lorsqu'un enfant a été confié, pendant trois ans à un particulier, à titre gratuit, ce dernier, même s'il est âgé de moins de cinquante ans, et l'enfant de plus de quinze ans, peut devenir le tuteur officieux de l'enfant, en obtenant le consentement, des père et mère, ou du survivant d'eux, ou à leur défaut d'un conseil de famille.

(V. les décrets des 15 novembre 1917 et 27 juin 1918). Le décret du 3 juillet 1918 fixe les conditions auxquelles doivent satisfaire les particuliers, fondations, associations, ou groupements demandant à recevoir des pupilles de la nation. L'art. 23 précise que toute famille qui désire reprendre son enfant confié comme pupille de la nation, doit s'adresser à l'office départemental qui prend les mesures nécessaires. Enfin le décret du 19 août 1918, détermine les conditions dans lesquelles des subventions peuvent être accordées par les offices départementaux aux parents, aux tuteurs, établissements publics ou privés, aux particuliers gardiens de pupilles.

FAMILLE ILLÉGITIME

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Nous avons montré, au début de cette étude, que l'Etat était directement intéressé à la constitution et à la prospérité des familles. La Famille a dit Le Play est « la cellule sociale par excellence », car la Nation n'est qu'une réunion de familles. La société demande la durée et la perpétuité ; or, selon la belle pensée de Taine : « La famille est le seul remède que l'homme ait trouvé contre la mort ».

Aussi le législateur de 1804 avait-il fortement organisé la famille. Le mariage en était la source unique, car seul il répond au besoin d'ordre, de sécurité, de stabilité qu'éprouve toute société.

La famille étant l'école de la discipline et du dévouement, par une pratique quotidienne des vertus privées, l'homme qui sait s'oublier pour sa femme et ses enfants, sait se soumettre aux ordres de la Nation, et remplir dignement son rôle de citoyen.

D'autre part le mariage est le plus sûr abri, pour la femme, tandis que l'union libre, en lui donnant en apparence une plus grande indépendance, lui enlève au contraire toute sécurité. Elle la met à la merci d'un brusque abandon, motivé par un pur caprice, lorsqu'elle a cessé de plaire, ou par la lâcheté, lorsque la naissance d'un enfant est sur le point de venir troubler l'idylle.

C'est de même, dans la famille normalement organisée que l'enfant reçoit les soins et l'éducation qui contribuent le mieux à son développement physique, intellectuel et moral. La naissance de l'enfant est attendue avec impatience et accueillie avec joie par le jeune ménage, qui voit en lui, le lien le plus fort du mariage et son but principal. C'est cette idée que notre grand poëte Victor Hugo exprimait, dans ces beaux vers restés célèbres :

Seigneur, préservez-moi, préservez ceux que j'aime,
Frères, Parents, Amis et mes ennemis même
Dans le mal triomphants,
De jamais voir, Seigneur, l'été sans fleurs vermeilles,
La cage sans oiseaux, la ruche sans abeilles,
La maison sans enfants !

L'enfant a besoin pendant de nombreuses années des soins de sa mère, et des conseils de son père ; aussi est-il personnellement intéressé à ce que l'union de Ceux qui lui ont donné le jour soit durable. Il prépare sa destinée, au milieu de sa famille ; s'il y reçoit, une bonne éducation, s'il a sous les yeux l'exemple du dévouement et du sacrifice, il sera un honnête homme et un bon citoyen, car, « c'est par la famille que l'individu entre dans la Société » (Taudière op. cit. p. 4).

Partant de ces idées, le législateur de 1804 ne reconnut aucun droit à la concubine, et creusa un large fossé entre les enfants légitimes et les enfants naturels, dans le but de favoriser et de défendre la famille légitime.

Sans enlever aux enfants naturels, tout droit à la succession de leurs parents, le Code réduisit considérablement leur part ; il leur refusa la qualité d'héritiers et les classa dans la catégorie des successeurs irréguliers, privés de la saisine et obligés de demander l'envoi en possession. Il posa dans l'art. 340 le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité naturelle. Il soumit à des conditions rigoureuses la légitimation des enfants naturels. Et, dans l'art. 337 toujours en vigueur, il déclara que la reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son conjoint, ne pourrait nuire, ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage ; mais que néanmoins cette reconnaissance produirait son effet, après la dissolution de ce mariage, s'il n'en restait pas d'enfants. Il proclama l'interdiction de la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux (art. 335), et ne leur accorda que le droit à des aliments. (art. 762).

Si l'on considère que l'intérêt social réside selon l'expression de De Bonald, dans la conservation des familles, il est facile de comprendre le mot de Bonaparte : « La Société n'a pas intérêt à ce que les bâtards soient reconnus ». C'est en s'inspirant de ces idées que M. de Lamarzelle disait au Sénat (Débats, J. off. 12 nov. 1910 p. 1736) : « Au dessus des intérêts individuels de l'enfant, de la fille séduite, il y a l'intérêt de la famille, qui est un intérêt social de premier ordre, par ce que la famille est la cellule sociale, la base

même de la société. Si vous ne la défendez pas, parfois, même au détriment des intérêts individuels, c'en est fait de la société ».

Ces arguments, nous les retrouvons sous la plume de M. Brunetière : (Revue des deux Mondes 1883 t. 5 p. 374) « Veut-on du mariage ou bien n'en veut-on pas ? N'en veut-on pas et pourvu que les hommes croissent et se multiplient, pense-t-on qu'il n'importe guère comment les générations sortent des générations ? La cause est entendue. Ce ne sera pas la seule façon, que le progrès moderne ait imaginée de faire rétrograder vers la barbarie morale, l'homme du XIX^e^ siècle, armé de toutes les ressources de la science et de l'industrie. Mais veut-on du mariage, et croit-on que la constitution de la famille importe à la constitution de l'Etat ? La dureté du mot de Bonaparte ne peut alors qu'enfoncer davantage dans les esprits, l'expression de la vérité ».

Cette conception n'est plus celle de notre société démocratique, éprise des principes de liberté, de justice et d'égalité ; elle ne peut résister aux progrès croissants des idées lancées par les philosophes du XVIII^e^ siècle, notamment par Jean Jacques Rousseau. Au théâtre, dans la presse, à la tribune du Parlement, on plaide la cause de l'enfant naturel ; on ressent pour lui de la pitié parfois même de la sympathie.

« Tandis qu'une société aristocratique, écrit M. E. Faguet (Les préjugés nécessaires p. 299) a toutes ses raisons pour favoriser le mariage, pour repousser le divorce, pour être très sévère pour les bâtards, la société démocratique devient favorable au divorce, condescendante à la bâtardise, moins jalousement protectrice de la famille ».

Ajoutons qu'au cours de ces dernières années, le mariage a été fort critiqué ; on l'a fait sous les formes les plus diverses, dans le roman et au théâtre. On l'a dénoncé comme immoral, lui reprochant de ne pas reposer sur l'amour et la confiance réciproques, et d'être trop souvent dans la classe bourgeoise un véritable marché. Sous prétexte que les considérations de fortune, de dot ou de position influent beaucoup sur la conclusion des mariages modernes, on a osé soutenir que : « toute alliance entre homme et femme en vue d'une situation matérielle ou d'autres avantages égoïstes est de la prostitution. Peu importe que cette alliance soit conclue avec le concours d'un employé de l'état civil, d'un prêtre, ou seulement d'une ouvreuse de loge de théâtre » (Max Nordau. Les mensonges conventionnels. Le mensonge matrimonial p. 273).

Il y a dans ces critiques une part de vérité. Il est certain que plus que jamais, à l'heure actuelle, le mariage est difficile et presque

impossible, pour les jeunes filles de la classe moyenne, bien élevées, mais sans fortune. Trop souvent le mariage est déshonoré par des convoitises et des préoccupations d'argent ; cependant, il y a en toutes choses un juste milieu. Il ne faut pas mépriser ces convenances reconnues utiles par l'expérience des hommes ; les conditions de naissance, de fortune, de position sont très importantes et elles peuvent contribuer beaucoup au bonheur ou au malheur de la famille.

Aussi nous estimons que les critiques formulées contre le mariage sont exagérées, et nous nous élevons énergiquement contre les doctrines nouvelles qui voient dans l'Union libre, le régime rêvé de la Société future.

Nous allons montrer dans quelle mesure, le législateur a été amené, après la jurisprudence, à faire produire un certain nombre d'effets au concubinage. Placé en présence de situations nouvelles, nées de la guerre, il a dû, par humanité, reconnaître quelques droits à la concubine du mobilisé. D'autre part, l'enfant naturel n'est plus le déclassé, l'individu relégué au ban de la société de 1804 ; ses droits successoraux ont été étendus ; la recherche de la paternité est désormais permise ; la légitimation des enfants naturels non seulement est facilitée, mais celle des enfants adultérins et incestueux est autorisée dans un certain nombre de cas. Chaque loi nouvelle tend à assimiler la concubine à la femme mariée, l'enfant naturel ou adultérin à l'enfant légitime.

CHAPITRE PREMIER

LE CONCUBINAGE
LES CONCUBINS

Il est difficile de donner une définition précise du concubinage. Dans sa thèse si justement remarquée « L'Union libre devant la loi » (p. 5), M. Peytel nous dit que « c'est l'état d'un homme et d'une femme qui vivent ensemble, maritalement, sans que les formalités du mariage aient légalisé leur union ».

Section I

Les Causes du Concubinage

Les causes du concubinage sont nombreuses. C'est tout d'abord l'insouciance d'une trop grande majorité de la classe ouvrière, qui recule devant les formalités encore trop compliquées du mariage, et qui remet à plus tard le soin de régulariser cette situation.

« Le mariage, se dit-on, entraîne des dépenses élevées, il exige des démarches ; c'est toute une affaire et l'on se demande s'il est bien nécessaire de passer devant Monsieur le Maire, écrit M. H. Leyret (En plein faubourg ; mœurs ouvrières ; ch. 8, L'Amour p. 133). Alors quand une jeune fille s'entend avec un travailleur comme elle, le jeune homme se rend chez « ses futurs beaux-parents » ; il obtient leur consentement, et au jour dit, la jeune femme porte son paquet de vêtements dans sa chambre à lui ; on s'en contentera pendant quelques mois ; au besoin un repas de famille consacre l'installation et le ménage est fondé. Quand naissent les enfants, on les reconnaît sans difficultés ; quelquefois on en profite pour régulariser la situation, mais cela presse-t-il tant ? Pourquoi de nouveaux frais ? Serait-on plus heureux ? Bah ! On attendra ; dix ans, quinze

ans se passent. Enfin pour ne pas nuire à l'établissement de leurs enfants, quelques femmes décident *leurs maris* à aller à la mairie, et l'union libre est légalisée, non sans réjouissances. « Comme j'ai dansé à la noce de Maman, s'exclamait ingénument une jeune fille ! ».

Dans ce cas, il arrive fréquemment que les époux ayant déjà une longue expérience de la vie, ayant eu le temps de connaître leurs moindres défauts, forment un ménage durable et heureux. Aussi certains préconisent-ils le mariage à l'essai.

Mais si la brouille survient pour un motif quelconque entre les concubins, avant qu'ils aient pris la sage décision de consolider le lien fragile qui les unit, c'est la rupture, sans aucune formalité légale, c'est la femme à la merci de l'homme avec lequel elle a vécu peut-être pendant de longues années. Cependant la jurisprudence a su faire œuvre intéressante et utile, en remédiant à cette liberté absolue, qui permettait à l'homme toutes les lâchetés.

Nous avons précédemment montré combien notre législation contemporaine s'était efforcée de simplifier les formalités du mariage, et d'en diminuer les prohibitions, qui la plupart du temps étaient cause du concubinage. Le mariage n'est plus maintenant une impasse dans laquelle il est difficile de s'engager.

D'autre part la facilité avec laquelle les tribunaux prononcent le divorce n'amène plus un des époux, retenu dans les liens du mariage indissoluble, à vivre dans un adultère perpétuel.

Notons aussi que la loi du 3 avril 1917 qui maintient le droit du conjoint à l'usufruit légal, en cas de remariage, et la loi du 31 mars 1919 qui laisse subsister le droit à la pension en faveur de la veuve remariée ont été votées dans le but de ne pas pénaliser le mariage et de ne pas donner une prime au concubinage.

Pouvons-nous espérer que le projet d'établir une taxe sur les célibataires amènera un certain nombre de ceux qui vivent en concubinage à contracter une union légitime pour faire échec à cette mesure fiscale ?

Jusqu'à ces dernières années, l'interdiction de la recherche de la paternité encourageait l'égoïsme de l'homme qui pouvait impunément et lâchement abandonner celle qu'il avait rendue mère. Mais une jurisprudence hardie s'était efforcée de remédier partiellement à cette disposition qui était la honte de notre législation, et qu'a fait disparaître la loi du 16 novembre 1912. Ainsi sont déjoués les odieux calculs de ceux qui se réfugiaient dans le concubinage, au lieu de contracter une union légitime.

Il y a cependant d'autres causes du concubinage qui proviennent beaucoup plus des mœurs que de la loi. Le coût croissant de la vie,

la durée du service militaire, l'encombrement des carrières, font qu'un jeune homme ne peut songer de bonne heure à fonder une famille. Il hésite devant l'insuffisance de ses ressources personnelles et devant la modeste dot que peut lui apporter une jeune femme, dont les goûts seront souvent hors de proportion avec le budget familial. Il se laisse entraîner vers des liaisons faciles, qui durent quelques années et parfois toute la vie. Il peut arriver en effet que l'existence soit moins coûteuse, si la compagne appartient à une classe plus modeste, et si elle a des goûts simples. Il est certain que les parents ont trop souvent le tort de donner à leurs enfants des habitudes mondaines qui ne sont pas en rapport avec la dot, qu'ils auront la possibilité de leur constituer.

Section II

Rapports juridiques dérivant du Concubinage Etude de la Jurisprudence

Les rédacteurs du Code civil avaient voulu ignorer le concubinage, et ne l'avaient pas réglementé. Il n'en avait pas été de même sous l'empire de l'Ancien droit et du droit intermédiaire.

Dans ses Instituts coutumières (L. I t. II, n° 108)Loysel écrit notamment : « L'on disait (jadis) : Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage, ce me semble ; mais il faut que l'Eglise y passe » ; plus loin (L. I t. III n° 140) il nous indique que « l'on disait (jadis) : Au coucher, gagne la femme son douaire, maintenant dès lors la bénédiction nuptiale ». On en a conclu qu'à une époque antérieure à Loysel, l'Eglise n'intervenait pas dans l'union des sexes ; à ce moment, concubinage et mariage ne différaient guère extérieurement.

Par la suite sous l'influence de l'Eglise qui considéra le mariage comme un sacrement, le pouvoir séculier fit dépendre l'existence du lien civil de la bénédiction du prêtre. (Ordonnance de Blois de 1579). Le concubinage fut formellement réprouvé. Les dispositions à titre gratuit entre concubins qui étaient permises sous la législation romaine, qui avaient été réduites sous les empereurs chrétiens, furent déclarées nulles par l'ordonnance de 1629. On permit néan-

moins à la concubine de recevoir des donations modiques pour cause d'aliments ; dans le cas où la donation était considérable, on vit peu à peu s'introduire l'usage de ne pas la déclarer entièrement nulle, mais de la réduire aux proportions d'une simple pension alimentaire. Enfin les bâtards n'avaient aucun droit de succession.

Sous la Révolution, le concubinage fut beaucoup moins discrédité. Le divorce notablement élargi ébranla fortement le mariage. Les enfants naturels furent traités sur un pied d'égalité avec les enfants légitimes. Les lois du 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII n'ayant nullement parlé des incapacités de donner ou de recevoir, et ayant seulement déterminé la portion disponible, il a été jugé que l'art. 132 de l'ordonnance de 1629 était resté en vigueur, jusqu'à la promulgation du Code civil.

Un article du projet avait d'abord maintenu l'incapacité des concubins en ces termes : « Ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont respectivement incapables de se donner » (art. 11. Fenet t. 2. p. 275) ; mais cet article a été supprimé. (V. Dalloz. Répertoire v° Disp. entre vifs et testamentaires n° 267 et Pandectes françaises id. n° 727).

Le Code civil de 1804, opérant une violente réaction, ne prononce même pas le nom de concubinage. Seul le terme de concubine figure dans le Code pénal, pour édicter des peines contre le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale (art. 339).

En raison de cette lacune, toute une jurisprudence s'est développée, pour régler les rapports juridiques dérivant du concubinage ; car en présence d'une situation de fait, le juge ne peut refuser de juger sous peine de déni de justice.

Il arrive fréquemment qu'une femme vivant maritalement avec un homme, prenne le nom de celui-ci, comme si elle était véritablement mariée. Elle ne peut pas bien entendu le faire pour les actes juridiques proprement dits (actes de l'état-civil, actes judiciaires) ; cependant pour les actes de la vie courante, notamment pour les achats effectués en vue du ménage, la question est tout autre.

En droit strict, la concubine qui se fait appeler du nom de son concubin prend un faux nom ; et si elle se sert de ce moyen pour se procurer de l'argent ou des marchandises, elle est passible de peines correctionnelles et même de peines criminelles, si l'usurpation a été faite par écrit (escroquerie et faux en écritures réprimés par les art. 147 et suivants, et 405 du Code pénal). Pratiquement, si la concubine est connue sous le nom de celui avec lequel elle vit, par les commerçants qui se fient aux apparences et croient se trouver en

présence d'une femme mariée, si elle n'a aucune intention frauduleuse, elle ne commet pas de délit. Le concubin qui autorise la concubine à porter son nom use vis-à-vis d'elle d'une tolérance, qui peut avoir certaines conséquences, notamment en ce qui concerne le mandat tacite (voir ci-dessous).

Les concubins n'étant unis par aucun lien légal, la concubine n'a pas juridiquement pour domicile celui de son concubin ; mais, par suite de la communauté d'existence et d'habitation, la femme a son domicile chez son concubin puisque c'est là que se trouve « son principal établissement » (art. 102 c. civ.). Il y a donc peu de différences pratiques entre le domicile de la femme mariée et celui de la concubine ; cependant tandis que pour la femme mariée, le domicile du mari est obligatoire, pour la concubine, celui de son concubin est volontaire. La femme mariée, qui intente une action en divorce ou en séparation de corps, n'acquiert un domicile distinct que par l'autorisation de justice ; la concubine l'acquiert immédiatement dès son départ, au moment de la rupture.

La femme mariée mineure acquiert de plein droit le domicile de son mari ; la concubine mineure, non émancipée, conserve son domicile légal chez ses parents, mais cette situation est assez rare, et ne se produit qu'avec une complaisance coupable des parents de la femme.

Si la femme mariée exerce un commerce, elle acquiert, en tant que commerçante, un domicile là où elle exerce son commerce ; en ce qui concerne les actes de la vie civile, elle a toujours pour domicile légal, celui de son mari. Au contraire, si la concubine exerce un commerce, c'est là que sera son domicile, car c'est là que sera son principal établissement.

Les concubins vivant ensemble, mangeant à la même table, couchant sous le même toit, se comportent extérieurement comme des gens mariés, et passent bien souvent pour tels.

La concubine, comme la femme légitime fait les achats quotidiens nécessaires aux besoins du ménage ; le concubin, loin de s'y opposer, la charge souvent de ce soin. La femme, dans ce cas, sera-t-elle seule obligée par les engagements qu'elle a pris, supportera-t-elle seule les dépenses faites, pour le faux ménage ? Et si, au moment de la rupture, le concubin dénie les engagements pris par sa compagne, les fournisseurs seront-ils victimes d'une situation qu'ils ignoraient et qu'ils ne pouvaient connaître ? Le boulanger, l'épicier, le boucher et le marchand de vins n'ont pas en effet l'habitude de demander aux femmes qui se présentent quotidiennement dans leur magasin, et qui vivent apparemment avec leur époux légi-

time, un extrait de leur acte de mariage. Ils ne commettent aucune faute, en vendant des marchandises à une femme qui habite le quartier et qui est notoirement connue, pour être la femme de Monsieur X.

La jurisprudence pendant longtemps a estimé que la femme, qui vit en concubinage, même si elle se présente comme mariée, ne peut engager son concubin, en vertu d'un mandat tacite. Il a été jugé que le commerçant qui a fait des fournitures au domicile d'un individu vivant en concubinage, sur l'ordre de la concubine se présentant comme sa femme légitime, ne saurait avoir aucune action contre cet individu, alors qu'il ne justifie pas d'une intervention directe de sa part dans les commandes, et ce, alors même que des fournitures d'égale importance auraient été effectuées antérieurement et dans les mêmes conditions, dont l'une facturée au nom de cet individu.

Il a également été décidé que celui qui habite avec une concubine ne peut être tenu, alors même qu'elle aurait fait usage de son nom, de payer les fournitures qu'elle s'est fait délivrer sous ce nom, que c'est en vain que le fournisseur allèguerait la vie commune existant entre le concubin et la concubine ; il a commis une imprudence en ne se renseignant pas sur leur situation respective. D'après ce système, le concubin n'est donc tenu que s'il a profité des acquisitions, en vertu des règles qui gouvernent l'action de in rem verso (D 190 2. 2. 133 — 1904. 2. 239 et les notes).

Les divers jugements précités considèrent que le mandat tacite de la femme mariée est une des attributions du mariage, mais au cours de ces dernières années, une jurisprudence nouvelle n'a cessé de se développer, en sens contraire.

Un arrêt de la Cour d'Alger du 20 juin 1906 (Mon. jud. Lyon 25 août 1908 — Journal Tribunaux Algériens 20 oct. 1907) décide que le mandat tacite n'est pas supposé seulement dans les relations entre deux époux légitimes ; qu'il doit être admis dès que à raison des relations suivies qui entraînent une vie commune ou les relations d'intérêts, une personne prend aux yeux du public la qualité de préposée ou de mandataire d'une autre personne, qu'en conséquence, les fournisseurs peuvent la considérer comme ayant reçu du chef de la communauté de fait, le mandat tacite d'acheter les fournitures nécessaires aux besoins du ménage, et des enfants communs, et même les marchandises nécessaires à l'exploitation du commerce également commun.

D'autres jugements se basent, non plus sur l'idée de mandat tacite, mais sur l'idée de responsabilité naissant de la faute, de la négligence ou de l'imprudence. Quoiqu'il en soit le résultat pratique est le même, puisque les tiers sont protégés.

La situation de fait des concubins est considérée comme constituant au point de vue civil une faute certaine au regard des tiers, qui, induits en erreur par les apparences qu'ils ont volontairement créées, traitent avec eux, en croyant avoir affaire à des époux réguliers ; dès lors ils doivent réparation conformément au droit commun des art. 1382 et suivants, du préjudice qu'ils peuvent avoir causé de ce fait (Trib. paix Paris 10 mars 1910. Gaz. Trib. 19 avril 1910 — Trib. paix Nogent-sur-Marne 28 janvier 1910. Gaz. Palais 1910-1-397).

C'est à bon droit, déclare un jugement du tribunal civil de la Seine du 10 juillet 1912, que l'individu qui vit maritalement avec une femme dans un appartement qu'il a loué, est actionné avec elle en payement solidaire de fournitures livrées sur la demande de sa concubine, dans cet appartement (Gaz. trib. 12 novembre 1912).

Citons également un jugement du tribunal civil de Bordeaux du 9 février 1914 (Recueil Bordeaux 1914-3-54) aux termes duquel la concubine ne peut être considérée comme la mandataire tacite de celui dont sans droit, elle a pris le nom ; mais celui qui n'ignore pas que la concubine fait usage de son nom auprès des fournisseurs, qui la fait passer pour sa femme légitime, commet un quasi délit permettant aux fournisseurs de lui réclamer le payement des dites fournitures.

La femme mariée qui veut ester en justice, doit obtenir l'autorisation de son mari, sous réserve des modifications apportées par la loi du 13 juillet 1907 ; si son mari refuse de lui donner l'autorisation, elle peut la demander au tribunal et par conséquent ester en justice contre sa volonté. Mais la femme mariée qui agira ainsi sera la plupart du temps bien près du divorce car le refus d'autorisation et l'intervention du tribunal laissent supposer que l'accord est loin de régner dans le ménage. Théoriquement la concubine est absolument libre ; pratiquement si elle intente une action judiciaire contre la volonté de son concubin, elle sera à la veille de la rupture.

La femme mariée qui veut exercer un commerce ou une profession quelconque doit obtenir l'autorisation de son mari, et le tribunal ne peut passer outre, en cas de refus. (V. la jurisprudence précitée). La concubine est en principe libre d'exercer un commerce ou toute autre profession, si bon lui semble, sans demander aucune espèce d'autorisation ; en fait, si le commerce ou la profession qu'elle entend exercer, déplait à son concubin, celui-ci saura faire prévaloir son autorité, ou bien la rupture s'en suivra. Mais il existe une différence importante entre les deux situations : tandis que la femme mariée autorisée à faire le commerce engage les biens de la communauté, la concubine n'engage que ses biens personnels.

Les règles de la communauté légale ne peuvent bien entendu s'appliquer aux concubins ; il y a donc lieu de se demander quel est le régime des biens meubles ou immeubles apportés au moment où le concubinage s'établit, ou acquis par le travail, succession ou donation au cours des années de cohabitation. Le Code civil étant muet sur ce point, et ne privant pas les concubins du bénéfice de la société de fait, la jurisprudence en a admis l'existence (V. un certain nombre de jugements ou arrêts au D. 1854-2-84 — 1868-2-222 — 1873-2-169 et la note).

Les concubins étant légalement étrangers l'un à l'autre, restent pleinement capables. Point de puissance maritale, par conséquent point d'autorisation maritale ; point de régime matrimonial par conséquent point de prédominance du concubin, relativement à l'administration des biens. La concubine dispose librement de son patrimoine, l'administre, l'aliène, l'hypothèque ; les restrictions que nous avons signalées relativement aux contrats entre époux et aux donations n'existent pas. En pratique cependant, c'est l'homme qui est le plus expérimenté, et qui dirige les affaires communes.

Tandis que la femme mariée est protégée plus au moins rigoureusement, par les différents régimes matrimoniaux qui existent dans notre droit, la concubine n'est pas défendue contre les agissements de celui avec lequel elle vit ; et si, sous l'empire d'une contrainte morale, elle signe un engagement, il lui sera fort difficile de prouver le vice de volonté, et d'obtenir la nullité de cet acte.

Si les donations entre époux sont essentiellement révocables, le Code ne fait pas la moindre allusion aux donations entre concubins. Du principe qu'il n'y a d'incapacités que celles qui ont été expressément déclarées par la loi, il résulte que l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit dont les concubins étaient frappés dans l'Ancien droit n'existe plus aujourd'hui.

Mais il a été jugé que si le concubinage n'est point par lui-même une cause de nullité des donations ou testaments, il devient, suivant les circonstances, un élément incontestable de captation et de suggestion, et si des manœuvres frauduleuses ont été employées l'annulation du legs ou de la donation peut s'en suivre. (D. 1858. 2. 164 — 1860. 2. 129 — 1872. 1. 37. — 1886. 1. 289).

D'autre part, la jurisprudence a fait intervenir la notion de la cause immorale et illicite ; et par application des principes posés en matière d'obligations par les art. 1131, 1132 et 1133, elle annule les libéralités entre concubins, lorsqu'elles ont été un moyen de corruption ou le salaire du vice, lorsqu'elles sont le prix d'un marché honteux, ou la condition imposée à l'établissement ou à la continuation

de relations illicites. (D 1860. 1. 255 — 1866 1. 378 — 1895. 2. 115 — 1899. 2. 313 —). Les dispositions ainsi faites perdent le caractère de libéralité, puisque l'intention dominante n'est pas de gratifier ; elles sont en réalité des contrats à titres onéreux, ayant pour cause des relations de concubinage à nouer ou à entretenir.

Ainsi le concubinage ne frappant point par lui seul les concubins de l'incapacité de se faire des libéralités, elles ne peuvent être annulées qu'autant qu'il est déclaré que le concubinage en a été l'unique cause, et la preuve doit en résulter des énonciations de l'acte lui-même. (D. 1877. 2. 177. — 1886. 1. 212. — 1893. 2. 416).

Mais il a été jugé par la suite qu'il y a lieu d'annuler comme fondée sur une cause illicite, l'obligation d'une somme d'argent, causée valeur à titre de reconnaissance, alors qu'il était établi par écrit, mais en dehors de l'acte que la reconnaissance n'avait d'autre mobile que des relations immorales (D. 1862. 2. 58).

Cette jurisprudence n'a cessé de se développer ; elle est aujourd'hui bien établie. Un arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation du 2 janvier 1907 (D 1907. 1. 137) étendant la doctrine d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 juin 1887 (D 1889. 1. 35), n'exige plus une preuve intrinsèque de la cause illicite, c'est-à-dire de l'acte de donation ou du testament. Les tribunaux peuvent donc recourir, en dehors des énonciations du contrat, à tous les modes de preuve autorisés par la loi, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

Par application de ces principes la Cour de Bastia, dans un arrêt du 31 juillet 1907 (D. 1909. 2. 267) a décidé que les preuves de la cause illicite peuvent être puisées dans les autres documents du procès et dans les circonstances extrinsèques, lorsqu'ils ne résultent pas d'investigations indiscrètes et fâcheuses, et par exemple dans des lettres versées spontanément aux débats. Aux termes de cet arrêt, une donation doit être annulée comme fondée sur une cause illicite, lorsqu'il ressort de la correspondance des parties et d'autres documents et circonstances du procès que la seule cause de la libéralité est le concubinage et le désir du donateur de conserver auprès de lui sa concubine.

M. Planiol fait remarquer que la jurisprudence considère assez souvent d'une manière différente, l'engagement pris par le concubin envers la concubine (note sous un arrêt la Cour de Rennes du 7 mars

(V. également sur cette question Dijon 22 mai 1900 D. 1901. 2. 45 — Poitiers 13 mai 1907 D. 1909. 2. 161 — Paris 1er août 1903. D. 1904. 2. 345. — D 1907. 1. 137 et la note de M. Ambroise Colin résumant le jurisprudence de la Cour de Cassation, ch. Requêtes 4 mars 1914 D. 1916. 1. 27).

1904. D. 1905. 2. 305) — Elle y voit le désir de réparer un dommage matériel ou moral. L'idée se trouve déjà émise dans un jugement du tribunal civil de Lyon du 21 juillet 1858 (D. 1860. 1. 256), et dans des arrêts postérieurs (Grenoble 23 janvier 1864. D. 1864. 5.255; Liège 15 février 1875 D. 1876. 2. 49 — Aix 10 janvier 1878. supplément Dalloz v° Obligations n° 154)

« Nous sortons, écrit M. Planiol, du domaine des donations, pour entrer dans celui des obligations d'origine délictuelle. Il ne peut donc plus être question ici de capacité de recevoir à titre gratuit, puisque la promesse faite n'a pour but que la réparation d'un dommage..... Cette jurisprudence, quelqu'en puisse être le développement ultérieur, aura toujours une portée restreinte ; son principe même en limite les effets, car il ne peut y avoir de dommage causé par le concubinage que si la concubine avait des mœurs honnêtes avant sa liaison. On n'a donc pas à craindre les effets d'une générosité excessive envers le monde galant ; une sorte d'élite morale sera seule appelée à bénéficier de cette jurisprudence. »

« A un autre point de vue, écrit-il encore, l'arrêt de la Cour de Rennes va plus loin que la jurisprudence antérieure ; car, dans l'obligation naturelle, dont il reconnaît l'existence, il fait rentrer la nécessité d'assurer à la concubine « le pain de ses vieux jours » quand on la renvoie à un âge où il lui serait difficile de recommencer une vie nouvelle », ce qui dépasse de beaucoup l'idée du dommage subi dans le passé ; c'est le droit à une sorte de douaire, tout au moins à une pension alimentaire, que l'on admet ainsi pour la concubine sur le retour. On peut, il est vrai, fonder cette nouvelle créance sur le dommage qu'elle souffre, en l'entendant d'une façon large et en y comprenant les difficultés qu'elle rencontrera après la rupture. Pourra-t-on maintenir ces obligations à l'état d'obligations naturelles et refuser toute action en indemnité, alors qu'on reconnaît qu'il y a eu préjudice causé ? Est-ce que tout dommage ne fait pas naître une action civile ? N'entrevoit-on pas des horizons nouveaux ? »

Sur tous ces points, la jurisprudence est encore hésitante. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal civil de la Seine du 28 mars 1916 (Loi — 8 avril 1916) a décidé que l'obligation contractée au profit d'un concubine est nulle, si elle n'a d'autre but que de récompenser cette dernière de ses complaisances passées ; qu'en vain la concubine prétendrait que l'obligation a été créée pour la dédommager du préjudice résultant de ce que le défendeur pour vivre avec elle, lui avait fait abandonner son ancienne situation.

Un arrêt de la Cour de Paris du 5 janvier 1915 (Gazette des Tribunaux du 21 janvier 1916) a décidé que la cohabitation prolongée

pendant plusieurs années entre deux amants, ne peut à elle seule servir de base à une demande en pension alimentaire formée contre son ancien amant par la femme, et basée sur l'art. 1382. Aux termes de cet arrêt, la responsabilité ne peut naître que si au concubinage s'ajoutent d'autres faits tels que abus d'autorité, manœuvres déloyales, promesse de mariage antérieure, ou survenance d'enfants.

Citons néanmoins dans le sens indiqué par M. Planiol, un jugement du tribunal de paix de Paris du 24 janvier 1908 (D. 1909. 5. 36) décidant que l'homme qui pendant une longue période (en l'espèce onze ans) a uni librement sa destinée à celle d'une femme, l'a habituée à l'aisance et à une vie facile ne peut l'abandonner brutalement et sans argent. Il doit lui payer une certaine somme à titre d'indemnité, en vertu des dispositions de l'art 1382 du Code civil.

En effet la concubine qui a cohabité longtemps avec un homme. se mariera difficilement par la suite ; la vie passée avec lui, lui cause un préjudice dont il lui est du réparation, lorsqu'elle est abandonnée sans motifs. (V. le projet de réforme du mariage de M. H. Coulon, reconnaissant le droit de la concubine à des dommages intérêts, lorsqu'elle n'a commis aucune faute grave de nature à provoquer la rupture de la cohabitation).

Section III

La Recherche de la paternité naturelle

Jnsqu'à la Révolution, la recherche de la paternité est restée libre ; mais les bâtards n'avaient aucun droit de succession et ne pouvaient obtenir que des aliments : « C'est en réalité, écrit M. Charmont, (op. cit. p. 166) l'application d'une règle d'observation presque constante : il y a presque toujours une relation entre la preuve de la filiation et ses effets ; lorsque la loi n'attache que des effets restreints à la filiation naturelle, elle en rend la preuve facile ; ces facilités de preuve disparaissent, lorsque les effets deviennent plus importants ».

Lorsqu'une jeune fille se déclarait enceinte, et indiquait un homme comme étant l'auteur de sa grossesse, cet homme était condamné sur la simple affirmation de cette fille, à payer provisoirement les « frais de gésine » de la mère, et ceux occasionnés par l'entretien de l'enfant. La règle : « Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo praegnantem esse » ne tranchait pas la question de filiation. Dans l'instance provisoire, tendant à l'allocation de secours, la déclaration de la mère qui en était à sa première grossesse (virgo) était présumée sincère ; la question de paternité était ensuite débattue quant au fond. La mère devait alors établir tant par titre que par témoins, que celui qu'elle prétendait être le père de son enfant avait eu des relations avec elle. Le défendeur pouvait être absous, s'il établissait que la mère avait eu des rapports avec d'autres qu'avec lui.

Cependant ces actions en recherche de paternité donnèrent lieu à bien des abus ; s'il faut en croire Bigot du Préameneu (Exposé des motifs dans Fenet t. X p. 154), elles étaient devenues, « le fléau de la société ». Il déclarait notamment que cette recherche était une recherche odieuse, parce que la difficulté d'une présomption certaine permettait d'égarer la justice, parce que l'incertitude de la paternité donnait aux femmes impudentes, l'inconcevable hardiesse de prétendre s'introduire dans les familles les plus opulentes (Fenet X p. 198).

Ce n'est pas le Code Civil qui a interdit pour la première fois dans notre législation la recherche de la paternité naturelle ; c'est la Convention. La loi du 12 brumaire an II accordait aux enfants natu-

rels des droits égaux à ceux des enfants légitimes, mais, conformément au principe que nous rappelions tout à l'heure, se montrant plus exigeante en ce qui concerne la preuve de la filiation, elle n'admettait plus que la reconnaissance volontaire du père.

Lors de l'élaboration du Code Civil, une intéressante discussion s'ouvrit à ce propos ; le tribunat fut un moment favorable à l'admission de la recherche de la paternité, mais peu de temps après se produisit l'épuration de cette assemblée et la procédure législative fut modifiée. Lorsque le projet fut de nouveau déposé, la section du tribunat supprima la faculté pour la mère de désigner le père, en donnant pour motif que la recherche de la paternité devait être interdite. C'est que Bonaparte avaît auparavant fait connaître son opinion en déclarant au cours d'une séance au Conseil d'Etat : « La Société n'a pas intérêt à ce que les bâtards soient reconnus » (26 brumaire an X).

Sous l'empire du Code de 1804, toute recherche de paternité était interdite contre le père, sauf si en cas d'enlèvement, l'époque de la conception coïncidait avec celle de cet enlèvement (v. Paris 29 mars 1821. Dalloz Rép. v. paternité n° 603. Bordeaux 30 juin 1885. D. 1886, 2.151).

La recherche était admise contre la mère, mais elle était soumise à un certain nombre de conditions qui en rendaient le succès difficile.

Cependant, en cet état des textes, la jurisprudence sut faire une œuvre intéressante et corriger véritablement l'injustice qui résultait de l'application de l'art. 340. Elle autorisa la femme devenue mère à réclamer à son séducteur une indemnité fondée sur le principe de l'art. 1382. On ne recherchait pas quel était le père de l'enfant, mais seulement si les relations qui se sont établies avaient causé un préjudice à la femme. (V. D. 1845. 1.177 — 1864. 1.347).

Certains arrêts motivaient la créance d'indemnité, par l'ensemble, des « inconvénients » qui résultent de la séduction, y compris les grossesses et la charge des d'enfants (Dijon 27 mai 1892, D. 1893. 2.183 ; Rouen 6 mai 1905 D. 1908. 2.246). D'autres s'appuyaient uniquement sur le préjudice causé par la séduction, sans tenir compte de ses conséquences pour ne pas violer l'art. 340 (Paris 14 février 1890 D. 1891. 2.309 — Paris 16 mars 1892. D. 1893. 2.541). Enfin, lorsque la mère était en possession d'un écrit sous seings privés, c'est-à-dire le plus souvent d'une lettre, dans laquelle le père promettait de pourvoir aux besoins de l'enfant, la jurisprudence depuis 1862, validait toujours cet engagement de réparer le préjudice causé par le délit civil de la séduction.

Cependant de tous côtés, la réforme de cette législation était demandée ; romanciers et publicistes en saisirent l'opinion publique. On demandait justice à l'égard de la mère, qui supportait seule les conséquences d'une faute commune, tandis que son séducteur courait à de nouveaux plaisirs. On demandait justice à l'égard de l'enfant qui supportait les conséquences d'une faute qu'il n'avait pas commise.

Certains restaient malgré tout des adversaires irréductibles de la réforme. Les objections formulées contre la recherche de la paternité étaient tirées de la crainte du scandale, de l'amélioration des mœurs, du respect dû au mariage, et de la difficulté de la preuve.

Mais si dans l'Ancien Droit, des abus s'étaient produits, ils provenaient surtout de procédure, alors en vigueur. D'autre part, si les actions en recherche de la paternité peuvent provoquer des révélations de faits plus ou moins scandaleux, n'en est-il pas de même, lorsqu'il s'agit d'actions en divorce, en désaveu, ou en recherche de maternité ?

Les partisans du maintien de l'art. 340 soutenaient que la prohibition protègerait les mœurs, et qu'elle retiendrait les femmes trop tentées de s'abandonner : « Celles-ci, affirmait Cambacérès, au cours de la discussion du Code, deviendront plus réservées, lorsqu'elles sauront qu'en cédant sans prendre de précautions pour assurer l'état de leur postérité, elles en sont seules chargées ».

Cette illusion fut bien vite démentie. L'art 340 assurait aux séducteurs l'impunité, l'irresponsabilité ; il favorisait donc leurs entreprises, tandis qu'il ne protégeait nullement la femme contre les entraînements des sens, contre la passion. Malleville, en faisait déjà quelques années après la constatation : « Il n'est pas constant, disait-il, que depuis ces lois, les filles soient devenues plus chastes ».

Les filles mères abandonnées par ceux en qui elles avaient eu confiance ne pouvaient la plupart du temps assumer seules la charge de nourrir et d'élever leurs enfants. Ce soin incombait alors à l'Assistance publique.

Trop souvent ces malheureuses étaient affolées à la pensée de la honte qui allait les couvrir, de la misère qui les guettait, et dans un instant de désespoir, commettaient le crime de l'avortement ou celui de l'infanticide. Traduites devant la Cour d'assises, elles étaient acquittées par le Jury, impressionné par cette grande injustice sociale qu'était l'irresponsabilité du séducteur.

« Ne peut-on pas espérer, écrivait M. le Sénateur Guillier, dans son rapport du 21 décembre 1908. (J. off. du 20 mars 1910, annexes p. 131), que le jour où il sera possible d'exiger une contribution

aux dépenses pour l'entretien de l'enfant, d'imposer à celui qui en est l'auteur les charges normales de la paternité, la fille-mère, sûre du lendemain, garantie contre l'isolement et la misère, acceptera plus courageusement l'épreuve de la maternité et reculera devant le crime ? Dès le moment où l'homme saura que la loi permettra de lui imposer une paternité bien prouvée, il osera moins se soustraire à des devoirs que la justice pourra le condamner à remplir. Sinon de bonne grâce, du moins par crainte d'un jugement, il fournira plus facilement à un enfant dont il ne lui sera plus possible de se désintéresser les subsides et l'appui moral, sans lesquels cet enfant est exposé à venir grossir le contingent de l'armée du vice. Diminution des avortements, des infanticides, de la mortalité dans les premiers âges de la vie, du nombre des enfants abandonnés et de ceux qui à défaut de surveillance et de soins tournent mal, tels sont les heureux effets qu'escomptent les promoteurs de la réforme ».

« L'impunité qui couvre aujourd'hui la débauche, ajoutait-il, faisant désormais place à une responsabilité effective, ceux qui seraient trop facilement enclins à séduire une femme y regarderont de plus près avant de s'engager dans leurs entreprises de libertinage. Ils peuvent, dans l'état actuel de notre législation, multiplier impunément leurs attaques et leurs manœuvres ; ils n'ont rien à redouter et rien à perdre. Aucun frein n'est capable de les arrêter. Le jour où l'homme sera bien convaincu que des relations nouées avec une femme, seront susceptibles, en cas de survenance d'enfant, de donner lieu contre lui à une action judiciaire, le sentiment de sa responsabilité pécuniaire lui imposera une salutaire réserve ».

La loi du 16 novembre 1912, issue de longues discussions à la Chambre et au Sénat, a modifié l'article 340 du Code civil, et a décidé que désormais la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée :

1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception. Le texte nouveau mentionne donc formellement le viol à côté de l'enlèvement ; certains auteurs, notamment M. Demolombe (T. V n° 491) avaient soutenu que le viol est un enlèvement momentané ; mais leur opinion n'avait pas été admise ; la loi du 16 novembre 1912 a mis fin à la controverse.

2° Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles et s'il existe un commencement de preuve par écrit, dans les termes de l'article 1347.

3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité.

4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception.

5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père.

Le cadre de cette étude ne nous permet pas d'examiner en détail, ces divers cas rigoureusement déterminés par la loi, dans lesquels la recherche de la paternité naturelle est actuellement permise ; celui qui retiendra plus particulièrement notre attention est relatif au concubinage. Lorsqu'on parcourt les discussions auxquelles a donné lieu l'admission de ce cas de recherche de paternité, on est frappé des hésitations et des scrupules qu'éprouva le législateur pour désigner cet état de fait qu'est le concubinage.

La proposition de loi présentée par MM. Rivet et Bérenger le 28 janvier 1905, avait employé l'expression violée et imprécise de cohabitation. Ce terme parut équivoque, et MM. Richard, De Lamarzelle, et Barthou, ministre de la Justice, au cours de la discussion au Sénat, demandèrent qu'on lui substitua celui de concubinage faisant remarquer qu'il y a des cas fréquents de cohabitation d'un homme et d'une femme, sous un même toit, sans qu'on puisse supposer entre eux aucun rapport sexuel (J. off. Sénat. Débats. S. 17 juin 1910 p. 1514-1515). Ils citèrent l'exemple de deux domestiques de sexe différent, servant chez le même maître. Avec la rédaction proposée, des hommes veufs ou des célibataires auraient pu être victimes d'un véritable chantage de la part de leurs domestiques. Car il y a en effet entre eux et leurs servantes cohabitation, dans le sens étymologique du mot, mais des personnes qui habitent ensemble dans la même maison ne sont pas nécessairement des concubins.

Cependant le rapport de M. Guillier ne laissait subsister aucun doute sur le sens du terme cohabitation : « Quand un homme et une femme se sont entendus pour mener la vie commune, écrivait-il, quand leur réunion sous le même toit ne peut s'expliquer par aucun autre motif, tel que la domesticité, quand ouvertement, ils ont donné à leur association les apparences d'un faux ménage, la survenance d'un enfant implique logiquement qu'il est issu des œuvres de l'homme. N'est-ce pas sur une situation en apparence analogue que repose la présomption du Code, en vertu de laquelle dans le mariage, la paternité de l'enfant est de plein droit, attribuée et, en réalité parfois imposée au mari ? Certes, il n'entre point dans notre

pensée de mettre sur le même plan le mariage et l'union libre, dont la fréquence est si déplorable. Dans l'un les garanties de fidélité de la femme sont incontestablement plus faibles que dans l'autre. Mais tandis que le mariage, impliquant la cohabitation des époux entraîne, de ce fait, une présomption légale de paternité qui ne souffre en dehors d'hypothèses extrêmement restreintes, aucune preuve contraire, le concubinage ne donnera ouverture qu'à une présomption simple, qui permettra uniquement aux magistrats de se faire une conviction sur la réalité d'une filiation naturelle contestée ». (Rapport précité. J. off. du 20 mars 1910, annexes p. 135).

M. le Député Viollette, dans son rapport donne au terme concubinage, une plus grande portée d'application : « Il n'est même pas indispensable, écrit-il, qu'il y ait une cohabitation constante du père, et de la mère, et il ne faut pas hésiter à comprendre, sous cette rubrique, jusqu'aux liaisons assez fréquentes dans un certain monde, dans lesquelles la maîtresse vit hors du domicile particulier de son amant ». (Rapport du 27 février 1911, annexe n° 796. J. off. du 16 janvier 1912 p. 1437).

Le législateur hésitait devant un certain nombre d'expressions, qui désignent une situation malheureusement trop fréquente : concubinage, faux ménage, ménage irrégulier, union libre. Il n'avait pas le courage de dire avec Boileau : « J'appelle un chat, un chat et Rollet un fripon » (Satire, vers 51-52). Il craignait, par une sorte de pudeur grammaticale d'introduire dans un texte, le mot précis de concubinage ; il craignait aussi de paraître donner une sanction juridique, à un état de fait qu'il a le devoir de condamner.

Le terme *concubinage notoire* figure donc dans le nouvel art. 340. Mais il y a divergence, dans la jurisprudence sur le sens et la portée de cette expression. Certains se contentent, pour que cette condition soit réalisée, de relations suivies et habituelles, connues d'un grand nombre de personnes ; d'autres exigent qu'il y ait eu une vie commune, publiquement avouée, en d'autres termes que la vie menée ait revêtu les apparences extérieures de l'état de mariage. (V. en sens divers. Trib. civ. Seine 24 oct. 1913 et trib. civ. de Belfort 23 déc. 1913 — D 1914-2. 98 ; Nancy 3 janv. 1914. Gaz. Palais 27 janv. 1914 ; Paris 9 novembre 1916, Gaz. Trib. 26 nov. 1916 ; Bordeaux 20 nov. 1916 Gaz trib. 29 mars 1917 ; Paris 15 mars 1916 D. 1917. 2. 118).

L'arrêt précité de la Cour de Paris est favorable à une interprétation stricte de la formule légale ; il décide que le concubinage notoire entre le père prétendu et la mère de l'enfant ne peut être invoqué à l'appui d'une demande en recherche de paternité, qu'au-

tant qu'il y aurait eu entre eux des relations publiquement avouées, et se manifestant soit par la cohabitation, soit tout au moins par la vie commune menée d'une façon continue.

Les rédacteurs du texte primitif, dit cet arrêt, voulaient employer le terme *cohabitation*, ce qui était restrictif à un certain point de vue, mais d'autre part prêtait à l'équivoque et pouvait ouvrir la porte à de facheux procès. Le Sénat a substitué à cette expression, celle de *concubinage notoire*, dans le but de couper court à des interprétations trop extensives et non de donner plus de portée et d'étendue au cas prévu.

« Considérant, dit-il, que la volonté du Sénat a bien été de prévoir encore et toujours le cas de cohabitation, mais seulement lorsqu'il y aurait rapports intimes entre les cohabitants, auquel cas, il échet de donner à cette situation de fait le nom de « concubinage » — Considérant que pour mieux définir encore l'état de choses que la Commission avait envisagé, M. Guillier, rapporteur a dit, sans être contredit par personne, que c'était le « faux ménage » c'est-à-dire la vie commune menée par un homme et une femme qui ne sont pas engagés dans les liens réguliers du mariage, mais qui pour le public se présentent et agissent comme s'ils étaient mariés — Considérant que le rapporteur de la Chambre des Députés a donné, il est vrai dans son rapport, du mot « concubinage » une définition plus large, mais que son interprétation, qui n'a été sanctionnée par aucun vote spécial, puisque le texte du Sénat a été adopté, sans modification sur ce point par la Chambre n'est que l'expression d'un sentiment individuel, non pas celle de la volonté du législateur »

« Or, considérant en fait, que si la demoiselle J. a entretenu de de 1904 à 1912 avec P. des rapports fréquents, jamais ils n'ont mené d'une façon continue la vie commune ; que P. venait à intervalles plus ou moins espacés voir la demoiselle J. à A.... ou se rencontrait ailleurs avec elle ; que jamais il n'y a eu entre eux cohabitation ; que leur intimité a pu éveiller les inquiétudes et les soupçons de la famille et des amis, donner lieu aussi dans le pays d'A... à des interprétations malveillantes, mais que jamais leurs relations n'ont été publiquement avouées ; qu'il n'y a donc pas eu entre eux ce que le législateur appelle un concubinage notoire »

(Voir également Req. 30 avril 1918. D. 1919. 1.21)

La loi a établi diverses fins de non recevoir, en présence desquelles la demande doit être rejetée sans examen : 1° lorsque la mère s'est livrée notoirement à l'inconduite, pendant la période légale de la conception, ou si elle a eu commerce avec un autre individu 2° lorsque le père prétendu était, pendant la même période,

soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant.

Laissant de côté toutes les questions relatives à la procédure, mentionnons une disposition intéressante, qui a pour but de réprimer les scandales et les chantages si redoutés jadis. L'art. 3 rend applicables aux demandeurs convaincus de mauvaise foi, les peines édictées par l'art. 400 par. 2 du Code pénal (1 à 5 ans de prison, 50 fr. à 3000 francs d'amende), et permet en outre, de prononcer une interdiction de séjour dans un rayon déterminé pendant 5 ans au moins et dix ans au plus ; par une dérogation exceptionnelle aux principes, ces peines sont prononcées par le tribunal civil.

Notons enfin que la jurisprudence antérieure à la loi de 1912 peut conserver son utilité dans les cas où cette loi n'ouvre pas d'action, ou lorsque la mère a éprouvé véritablement un préjudice personnel, indépendant de l'intérêt de l'enfant.

Un des rédacteurs de la loi du 16 novembre 1912, M. Maurice Violette écrit notamment dans son Commentaire (Avant Propos) que parmi les nombreuses espérances qu'a fait naître la loi nouvelle certaines seront exaucées et d'autres malheureusement déçues. C'est à peu près le même langage que tenait M. Guillier, rapporteur de la loi au Sénat : « Ne nous faisons pas d'illusions, disait-il ; la loi n'aura pas pour résultat de supprimer les naissances irrégulières. Elle mettra simplement fin à une injustice légale contre laquelle tout le monde proteste » (Sénat Déb. Parl. 15 juin 1910. p. 1503).

En introduisant dans un texte le terme *concubinage*, en consacrant la violation même des règles posées par le Code Civil, le législateur s'est trouvé dans la situation d'un batelier qui ne peut remonter le courant impétueux d'un torrent. Placé en présence de faits qu'il ne pouvait ignorer systématiquement, il devait tenir compte des tendances de la Société, de ses aspirations et de ses mœurs.

: « Si nos lois devaient permettre un jour la recherche de la paternité, écrivait M. Brunetière en 1883 (Revue des Deux Mondes

---

La Cour de Cassation se rangeant à l'avis exprimé par la majorité de la jurisprudence et de la doctrine a estimé que la loi du 16 novembre 1912 peut être invoquée par les enfants nés antérieurement à sa promulgation. (V. plusieurs arrêts du 20 février 1917. D 1917. 1. 81, et la note de M. Capitant ; V. également D. 1919. 1. 21) Elle fait observer que toute loi s'applique aux faits antérieurs à sa promulgation, quand elle ne lèse pas de droits acquis. L'ancien art. 340 conférait éventuellement au père naturel, la faculté, sauf dans un cas particulier, d'opposer une fin de non recevoir à l'action en recherche de paternité intentée contre lui, mais cet article ne lui faisait pas acquérir pour toujours le droit de se soustraire à la constatation du lien, qui l'unissait à son enfant, et à l'exécution des obligations naturelles, en dérivant. Le nouvel art. 340 n'ayant enlevé au père qu'une simple expectative, la loi du 16 nov. 1912 est donc applicable aux enfants nés avant sa promulgation.

t. V. p. 380), bien loin d'y voir le principe d'une heureuse réforme ou correction des mœurs, il y faudra reconnaître l'une de ces diminutions de moralité que la loi elle-même est obligée de consacrer quelquefois, afin de ne pas devenir lettre morte, et de retenir à tout prix, au milieu d'une société qui s'en va, quelque ombre, au moins de son prestige antique » Et notre grand écrivain exprimait cette pensée profondément juste : « La facilité des mœurs ne naît pas de la condescendance des lois, mais au contraire la condescendance des lois de la facilité des mœurs ».

Section IV

Les textes récents qui ont reconnu certains droits à la concubine

Dans plusieurs quartiers ouvriers de Paris, les unions libres sont presque aussi nombreuses que les unions légitimes. Dans sa thèse si justement remarquée, M. Valensi rapporte que les institutions ouvrières, telles que les coopératives, reconnaissent souvent les mêmes droits à la compagne qu'à la femme légitime. Il cite le cas de la Caisse de solidarité « l'Economie parisienne », coopérative du troisième arrondissement, dont les statuts disposent que « dans le cas d'union libre constatée, les secours alloués à la veuve d'un coopérateur seront accordés à la compagne du défunt ».

Quelques sociétés de secours mutuels ayant aussi reconnu les mêmes droits à la compagne qu'à la femme mariée, certains auteurs, notamment M. Charmont (op. cit. p. 68) ont pensé qu'il y aurait lieu d'élargir la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. Cette loi n'accorde en effet 20 % du salaire en cas de décès de l'ouvrier, qu'au conjoint non divorcé ou séparé de corps, à condition que le mariage ait été contracté antérieurement à l'accident. La loi ne fait pas de distinctions entre les descendants légitimes et les descendants naturels. Selon cet auteur, on devrait admettre qu'à la condition de faire une déclaration, au moment où l'assurance commence, l'ouvrier devrait pouvoir en faire bénéficier la femme avec laquelle il vit irrégulièrement.

L'état de guerre a placé le législateur en présence d'un certain nombre de situations spéciales, auxquelles il a dû porter remède. Il a été amené à reconnaître dans quelques cas, des droits à la concubine du mobilisé ; il l'a fait, en matière d'allocations, de loyers, de pécule ; il n'a pas osé cependant le faire en matière de pensions.

§ 1. *Les allocations aux concubines*

Aux termes de la loi du 5 août 1914, les familles des militaires de l'armée de terre et de mer appelés ou rappelés sous les drapeaux, qui remplissaient les devoirs de soutiens indispensables de

famille, eurent droit, pendant toute la durée de la guerre, sur leur demande, à une allocation journalière, fournie par l'Etat. Cette allocation fut primitivement fixée à 1 fr. 25 avec majoration de 50 cent. par enfant âgé de moins de seize ans, à la charge du soutien de famille ; elle fut augmentée, par la suite.

Une circulaire interministérielle du 29 août 1914 transmise par MM. les Préfets aux Sous-Préfets, Maires, Présidents et Membres des Commissions cantonales et d'arrondissement chargées de l'attribution des allocations précisa l'interprétation que devaient recevoir les dispositions législatives et réglementaires.

Nous y lisons notamment les instructions suivantes : « Les allocations doivent uniquement être accordées aux familles nécessiteuses, dont le soutien est sous les drapeaux, c'est-à-dire à celles que le départ d'un de leurs membres a privées d'aliments indispensables à la vie. Doivent donc être écartées, les familles dont les moyens d'existence auront été réduits, mais restent cependant suffisants ou dont le bien être seulement aura été supprimé. Cette appréciation devra toutefois être faite avec un large esprit d'humanité. Peut prétendre à recevoir une allocation journalière, toute personne ayant un lien de droit avec le soldat, telle que épouse, père, mère, ascendant ou collatéral, si cette personne est en réalité le chef de la famille nécessiteuse et prouve que le militaire était avant son incorporation, le soutien unique ou principal de la famille. Toutefois, dans des cas exceptionnels, les Commissions cantonales et les Commissions d'appel auront à apprécier, s'il n'y aurait pas lieu d'admettre au bénéfice des allocations et majorations, une personne sans lien de droit avec le militaire, mais qui prouverait qu'en fait, elle vivait à son foyer, dans des conditions de moralité satisfaisante, et qui pourrait dès lors, soit isolément, soit avec des ascendants, collatéraux et enfants vivant au même foyer, être considérée comme constituant *en fait*, dans l'esprit de la loi, la famille dont le militaire était le soutien unique ou principal ».

Chaque militaire ne pouvait donner lieu à l'allocation principale de 1 fr. 25 qu'au profit d'une seule personne considérée comme chef de famille. Il importait donc de choisir comme titulaire de cette allocation celui des postulants, qui en était le plus digne, en même temps que le mieux placé pour en faire profiter avec lui, les autres personnes majeures ou mineures pouvant être considérées *en droit ou en fait*, comme membres de la famille du militaire. (V. recueil des actes administratifs de 1914. Préfecture de Meurthe-et-Moselle septembre 1914, n° 17, p. 503).

Une circulaire de M. Léon Mirman, préfet de Meurthe-et-

Moselle, en date du 20 novembre 1914, attira l'attention des membres des Commissions d'appel, et des Commissions cantonales, sur quelques points au sujet desquels le Gouvernement avait constaté des interprétations erronées de la loi. « La famille, écrivait-il, peut n'être pas unie par les liens du mariage ; mais il va de soi que, dans ce cas, la commission doit examiner avec une particulière attention la situation de ce ménage irrégulier ; il faut qu'il soit établi à ses yeux que cet homme et cette femme vivaient ensemble depuis longtemps et de façon honorable, et que le militaire était bien effectivement le soutien du foyer ». (Recueil des actes administratifs précité, nº 20 p. 548).

La Commission d'appel de Nancy sut se montrer large dans l'attribution des allocations aux concubines. Il n'en fut pas de même dans d'autres villes, et dans une circulaire en date du 8 janvier 1915, le Ministre de l'Intérieur signala parmi les injustices commises, le fait que des femmes non légitimes, mais vivant au foyer du mobilisé, s'étaient vu refuser l'allocation sous prétexte qu'elles n'avaient pas fait des démarches pour régulariser leur situation, avant le départ du mobilisé.

Signalons également une délibération intéressante du Conseil municipal de notre ville qui, comme toute la documentation précédente, a été portée à notre connaissance, grâce à la haute bienveillance de Mᵉ Henri Mengin, maire de Nancy.

Le 3 août 1914, le Conseil municipal accorda aux familles nécessiteuses, qui se trouvaient privées de ressources par suite du départ à l'armée d'un père ou d'un fils, des bons de pain, de lait ou de soupe. Au cours de la séance du 15 août 1914, le Conseil s'entretint de la situation des filles-mères, à qui des secours avaient été refusés. Après discussion, il estima qu'une femme qui, de notoriété publique, vivait avec un homme actuellement mobilisé, et qui avait des enfants à sa charge, devait être secourue, dans les mêmes conditions, que si elle était légalement mariée. (Procès-verbaux du Conseil municipal de Nancy, année 1914, p. 351, 376 et 405).

La loi du 28 avril 1916, étendit le bénéfice de la loi du 5 août 1914 à toute famille nécessiteuse française, résidant en France, dont le soutien indispensable non militarisé, avait été, en dehors de toute faute caractérisée de sa part, victime d'un fait de guerre, subi soit en territoire français, soit dans une zône occupée par nos armées, et cela pendant toute la durée de l'incapacité de travail résultant de la blessure reçue.

Une circulaire des Ministres de l'Intérieur et des Finances en date du 30 octobre 1916, spécifia que pour toucher cette allocation,

la famille devait être nécessiteuse et privée de *son soutien indispensable*, par suite de l'incapacité de travail de la victime du fait de la guerre. Elle précisa en outre qu'il suffisait de faire application de l'interprétation admise pour l'exécution de la loi du 5 août 1914, et que nous venons d'exposer.

§ 2. *La loi sur les loyers*

L'art. 19 de la loi du 9 mars 1918 interdit, pendant la durée des hostilités et les six mois suivant le décret fixant leur cessation, toutes instances, toutes assignations, toutes procédures d'exécution à l'égard des locataires mobilisés. L'art. 20 déclara ces dispositions applicables, jusqu'à l'expiration de l'année suivant la promulgation de la loi ou le décès (si celui-ci est postérieur à la promulgation) 1° aux veuves des militaires morts sous les drapeaux depuis le 1er août 1914, aux femmes des militaires disparus, dont la disparition a été officiellement constatée, ou aux membres de leur famille qui habitaient antérieurement avec eux les lieux loués ; 2° aux personnes, parentes ou non, qui antérieurement au 1er août 1914, vivaient habituellement dans les lieux loués avec le locataire mobilisé et justifient qu'elles étaient à sa charge.

Cette dernière disposition a été insérée pour répondre au désir manifesté par une partie de la Chambre de ne pas exclure du bénéfice de cet article, les ménages irréguliers Au cours de la première délibération, M. Levasseur avait signalé la nécessité de mentionner les femmes qui ne sont pas mariées légitimement et qui reçoivent l'allocation militaire. Le Rapporteur se contenta de répondre que, dans la pensée de la Commission « il n'y avait aucune distinction à faire entre les ménages irréguliers et les ménages légitimes, et que l'on appliquerait sur ce point les idées libérales qui avaient présidé à l'élaboration des textes, en matière d'allocations militaires ». Mais M. le Garde des Sceaux estima que si la Chambre acceptait la pensée de la Commission, il était nécessaire de l'inscrire dans le texte.

Au cours de la troisième délibération, M. Levasseur et un certain nombre de ses collègues proposèrent un amendement tendant à assimiler aux veuves des militaires morts sous les drapeaux, « leurs compagnes ».

Cet amendement fut renvoyé à la Commission ; lors de la séance du 15 février 1918, le rapporteur en demanda le rejet, parce qu'il était impossible de préciser d'une façon suffisamment nette ce que l'on doit entendre par *compagnes* : « En effet, disait-il, depuis combien de temps, faudra-t-il, que ces personnes vivent avec le militaire

mobilisé ? A quelle époque remontent les relations ? Ce sont des points extrêmement difficiles à fixer. Il peut arriver aussi que des personnes, en outre de leur mariage régulier aient un ménage qui ne l'est pas, inconnu souvent de l'épouse légitime. Enfin, supposons, un fêtard, si vous me permettez l'expression, qui entretient plusieurs concubines. Quelle est celle qui va bénéficier de l'avantage que fait la loi ? Est-ce la plus ancienne ? Est-ce celle qu'il préfère ? Vous voyez qu'il y a une échelle difficile à établir ? C'est devant ces difficultés de rédaction que nous avons reculé. L'ombre insaisissable et variable de la compagne disparaît, chaque fois que le législateur veut en saisir les contours. »

Le rapporteur fit remarquer également que depuis le début de la guerre, était intervenue toute une législation pour faciliter le mariage, jusqu'à permettre le mariage par procuration. Malgré ces observations fort justes, la Chambre au lieu de repousser l'amendement, comme elle l'avait fait précédemment, le renvoya de nouveau à la Commission, et à la séance du 20 février 1918, celle-ci proposa la rédaction actuelle de l'alinéa 3.

M. Nail, Garde des Sceaux, déclara que le Gouvernement et la Commission, avaient voulu donner satisfaction à des revendications légitimes : « M'inspirant de la pensée, qui avait animé les auteurs de l'amendement, je donnerai, dit-il, aux Procureurs Généraux, après la promulgation de la loi, des instructions pour qu'il soit bien expliqué aux Présidents des Commissions arbitrales que parmi les personnes parentes ou non, qui sont visées dans le paragraphe en question, peuvent se trouver celles qui ont été les compagnes des mobilisés disparus, étant bien entendu qu'il entre dans les vues du législateur, que seules pourront bénéficier des dispositions bienveillantes de la loi, celles qui par la correction de leur vie, auront prouvé qu'elles en étaient dignes » (J. off. 21 fév. 1918 p. 513).

§ 3. — *Le décret du 6 février 1919, sur l'attribution du pécule.*

Aux termes du décret du 6 février 1919 (J. off. du 9 février p. 1502), relatif à l'attribution du pécule aux familles des combattants morts pour la France, le montant des carnets de pécule, dont étaient titulaires les officiers subalternes, les sous-officiers, caporaux ou soldats, décédés au cours d'un combat, ou par suite de blessures reçues ou de maladies contractées par le fait ou à l'occasion du service, est remboursé aux familles.

Les ayants droit bénéficient d'un payement complémentaire destiné à porter à 1000 fr. le chiffre du pécule, lorsque le montant du

carnet est inférieur à cette somme. Une majoration de 20 % sur le montant du pécule complété à 1000 fr. s'il y a lieu, est accordée pour chacun des enfants de moins de 16 ans, qui étaient légalement à la charge du militaire, lors de son décès.

Le montant du pécule est attribué dans l'ordre suivant : 1° à la veuve ; 2 à défaut de la veuve, par parts égales aux enfants vivants ou représentés ; 3° à défaut de la veuve et des descendants, aux ascendants les plus proches.

En cas de séparation de corps, prononcée à ses torts, la veuve sera déchue du droit au pécule. S'il y a une veuve et des descendants mineurs d'un autre lit, le pécule est partagé par parts égales entre la veuve et chacun des descendants mineurs.

Si la veuve est remariée, le pécule est partagé par moitié entre elle et les enfants du militaire décédé, s'il y en a, qu'ils soient ou non d'un autre lit. S'il n'y a pas d'enfants, le pécule est dévolu par moitié à la veuve remariée, et aux ascendants les plus proches.

Il est intéressant de noter que l'article 3 du décret déclare que les enfants naturels reconnus sont traités en tous points comme des enfants légitimes. C'est la consécration de cette tendance à l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes, que nous étudierons bientôt.

L'art. 4 dispose que le Procureur de la République et tous parents jusqu'au 4e degré exclusivement peuvent présenter au tribunal de 1er instance une requête tendant à la déchéance de ceux à qui le pécule est attribué, s'ils sont indignes de le recevoir. La requête est dispensée du ministère de l'avoué. Il est sursis à l'attribution du pécule jusqu'au jugement définitif ou au désistement de l'instance. Le juge enquêteur fait un rapport, qui est communiqué au ministère public, si l'instance en déchéance n'a pas été intentée par le Procureur de la République. Le tribunal, après avoir entendu les parties, statue en chambre du conseil.

Enfin l'art. 5 est tout particulièrement intéressant, parce qu'il décide que s'il n'existe pas d'ayants droit, ou si tous ont été déchus, le pécule est acquis à l'Etat. Toutefois, dit-il, toute personne, même étrangère à la famille, *qui se serait comportée à l'égard du défunt comme une épouse*, un enfant ou un ascendant, peut demander au tribunal que le pécule lui soit dévolu. La demande est introduite et jugée dans les conditions prévues à l'article précédent.

Au cours de ces derniers mois, les tribunaux et notamment le tribunal de Nancy ont, après enquête, attribué le pécule à des femmes qui avaient vécu maritalement avec le militaire décédé, et dont la moralité était satisfaisante.

§ 4. — *La loi du 31 mars 1919 sur les pensions.*

L'art. 14 de la loi du 31 mars 1919 a reconnu le droit à pension, en faveur des veuves de militaires et de marins, pourvu, soit que la mort de ces militaires ou marins ait été causée par des blessures reçues ou des maladies contractées ou aggravées dans certaines circonstances, soit qu'ils soient morts en jouissance d'une pension, ou en possession de droit à pension.

« Il n'a pas semblé, écrit M. le Député Masse dans son rapport du 21 juillet 1916 (p. 1963), qu'il y eût lieu de créer des pensions au profit des compagnes justifiant une cohabitation prolongée et publique avec le militaire. La situation, au point de vue juridique et social, manque trop de netteté, pour pouvoir entraîner une inscription viagère au Grand-Livre de la dette publique. Il appartenait au militaire, s'il le désirait, de créer des droits à sa compagne en la prenant pour femme. Mais on ne saurait méconnaître des situations individuelles dignes d'intérêt presque toujours, et souvent respectables. Il faudra recourir à la législation des secours, qui est plus souple que celle des pensions et qui distingue mieux les cas particuliers pour venir en aide aux compagnes des soldats morts pour la Patrie ».

MM. les députés Paisant et Doizy ont déposé un amendement en faveur des compagnes de soldats décédés, mais la commission des pensions estimant que les plus larges facilités ont été données aux militaires pour leur permettre de régulariser par le mariage, la situation des femmes auxquelles ils étaient attachés par les liens d'une longue affection, a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'adopter l'amendement « S'il est justifié qu'un homme, voulant régulariser une situation de ce genre a été tué, avant d'avoir pu le faire, écrit M. le Député Lugol, dans son rapport du 14 décembre 1917, (p. 2019), ce sera le cas pour le Gouvernement d'accorder à sa compagne un secours qui lui tiendra lieu de la pension que le militaire voulait lui réserver ».

Lorsque le projet de la loi sur les pensions revint en discussion devant la Chambre, le 11 février 1919 (J. off., 2e séance du 11 février p. 525 et 529 Déb. Parl.) MM. Ernest Lafont, Ferdinand Morin et Valière proposèrent le texte additionnel suivant : « Est assimilée à la veuve, la femme ayant vécu maritalement avec le militaire ou marin décédé dans les conditions prévues à l'article 13, pendant au moins 3 ans ou ayant eu un enfant né des œuvres dudit militaire ou marin ».

Ce texte déclara M. Lafont, est destiné à faire obtenir une pension

à la femme à qui les circonstances n'ont pas permis de s'unir par un lien légal au militaire décédé, mais qui n'en a pas moins joué en fait son rôle de femme. L'auteur de l'amendement reconnaissait qu'il était difficile de trouver un texte à la fois suffisamment précis et souple pour atteindre toutes les espèces ; il ajoutait que ce texte devait être voté par la Chambre, mue non par un sentiment de générosité, mais par un sentiment d'équité, et faisait remarquer que certains trouveraient peut être le délai de 3 ans beaucoup trop long. « Il est difficile de repousser, ma proposition, disait-il, après que pendant quatre ou cinq années de guerre, vous avez, en ce qui concerne les allocations ou les secours de différentes sortes, tenu compte du fait beaucoup plus que du droit, et assimilé à la femme légitime, sans aucune différence, la compagne remplissant des conditions beaucoup moins rigoureuses que celles que j'exige ».

M. Abrami, Sous-Secrétaire d'Etat, demanda au nom du Gouvernement, le rejet de l'amendement Lafont : « En droit, dit-il, le Gouvernement demande à M. Lafont de lui indiquer quel lien légal existe entre la compagne et le pensionné. Aussi longtemps que notre législation civile sur le mariage sera ce qu'elle est, aussi longtemps que nous n'en aurons pas bouleversé complètement les fondements, le Gouvernement, la Chambre, les Assemblées législatives du pays ne reconnaîtront à la compagne d'autre qualité que celle d'une association de fait, que des circonstances provisoires, momentanées, ont amené à partager la vie de son concubin, d'une association qui reste soumise à tous les risques, à tous les aléas du plaisir, de la commune satisfaction, d'un gré mutuel. Il n'y a aucun lien de droit à l'heure actuelle, entre la compagne et celui qui vivait avec elle. La législation totale de la France ne connaît ce lien que lorsque naît la famille *naturelle* (?). Je demande à mon honorable collègue de nous dire quelle force divine ou humaine a pu, au cours de cette guerre, empêcher un homme ou une femme, qui vivent ensemble de se mettre dans les liens d'une association stable, de contracter mariage, alors que d'une part, toutes les formalités du mariage se sont trouvées simplifiées par des lois antérieures à la guerre, et que au cours des hostilités, les Chambres ont voté une loi, en vertu de laquelle des mesures prises par le ministre de l'Intérieur, le Garde des Sceaux et le ministre de la Guerre, ont facilité le mariage et même prévu le mariage par procuration. Deux êtres associés qui n'ont pas voulu user du bénéfice si simple et si normal du mariage par procuration ou du mariage tel qu'il a été institué par les lois avant la guerre, n'ont-ils pas démontré péremptoirement qu'il n'y avait dans leur volonté rien d'autre qu'une rencontre sans durée ! ».

M. Abrami exposa, ensuite, en présence de quelles difficultés on se trouverait si l'on adoptait l'amendement proposé ; et il montra, par des exemples, combien il y a d'associations de fait qui durent un an, deux ans, trois ans, et qui dans la pensée de ceux qui vivent momentanément ensemble, est certainement vouée à se dissoudre un jour ou l'autre.

Appuyant la thèse de son collègue, M. Gilbert Laurent cita le cas d'une jeune fille de la campagne fiancée avec un militaire, mobilisé dès les premiers jours d'août 1914, et tué deux mois après. A quel moment dit-il, voulez-vous que ce jeune homme et cette jeune fille aient pu se marier ? Il suppose que 9 mois après le départ naît un enfant. Va-t-on dans ce cas refuser tout droit à celle qui serait devenue la femme légitime ?

Malgré une intervention de M. Tissier, en faveur du droit de la compagne, le Gouvernement et la Commission par l'organe de son Président s'opposèrent à l'adoption de l'amendement. Il fut spécifié cependant que comme par le passé, des allocations seraient données à la compagne, lorsque l'enquête démontrerait ou qu'il s'agissait d'une femme honorable, ou que des circonstances indépendantes de la volonté des deux concubins les avaient empêchés de contracter mariage.

C'est en vain que M. Lafont déclara qu'il n'était pas possible de livrer au bon vouloir des bureaux, au geste plus ou moins généreux du ministre le sort d'une famille qui peut être nombreuse ; l'amendement fut rejeté par 345 voix contre 156. De même par 363 voix contre 140, la Chambre repoussa un amendement de M. Gilbert Laurent ainsi conçu : « Pourront bénéficier de la pension, les compagnes dont il sera justifié que le militaire était le véritable soutien, ou dont il a eu un enfant ».

C'est dans ces conditions que le Ministre de la Guerre décida qu'un secours annuel pourrait être accordé à la compagne d'un militaire décédé ou disparu, au cours des opérations de guerre, lorsqu'il aura été établi, par des enquêtes minutieuses qu'à la mobilisation, cette personne vivait depuis au moins trois années, avec le militaire, que la liaison n'a été rompue que par le décès ou la disparition de ce dernier, que depuis lors elle n'a pas contracté mariage ; qu'elle ne vit pas à nouveau maritalement, enfin que sa conduite et sa moralité n'ont donné lieu à aucune remarque défavorable, et que sa situation est réellement nécessiteuse et digne d'intérêt. Les demandes, qui doivent lui être adressées directement, sont ensuite transmises au Général commandant la subdivision du domicile des pétitionnaires, en vue de procéder à l'enquête militaire dans les formes actuellement en usage pour la constitution des dossiers de secours éventuels.

CHAPITRE SECOND

LES ENFANTS ILLÉGITIMES

Section 1

Considérations générales

Si l'on considère les droits de l'individu, il n'y a pas de raison pour que l'enfant naturel soit traité moins favorablement que l'enfant légitime : mais si l'on envisage l'intérêt social, il faut reconnaître qu'assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes, c'est porter une dangereuse atteinte à la famille. Faire en sorte que celle-ci soit forte et respectée, sans refuser une place au soleil, aux enfants qui ont eu le malheur de naître en dehors d'elle, tel est le but que la loi doit poursuivre et qu'elle ne peut jamais atteindre complètement.

Le Code Civil de 1804, par faveur pour la famille qui repose sur le mariage, avait considérablement restreint les droits des enfants illégitimes, et avait creusé un large fossé, entre eux, et les enfants légitimes.

L'idée de punir dans la personne des enfants naturels, la faute commise par leurs parents, paraît aujourd'hui une injustice monstrueuse et intolérable ; cependant elle dérive de la nature, et des idées religieuses.

La croyance à la réversibilité des fautes naît de la constatation d'un certain nombre de faits naturels, c'est ainsi que beaucoup de maladies sont héréditaires, et se transmettent de génération en génération ; celui qui est chétif, estropié, atteint de certaines tares physiologiques — subit souvent les conséquences des fautes commises par ses parents ou grands parents.

L'enfant qui appartient à une famille honorable, aimant le travail et l'économie, sera bien considéré, et recueillera le patrimoine constitué par ses Parents ; si au contraire ceux-ci ont été prodigues imprévoyants et paresseux, l'enfant sera pauvre et misérable.

Si un des membres de la famille commet une faute grave, le déshonneur qui en résulte, rejaillit non seulement sur celui qui est seul coupable, mais encore sur tous ses parents.

: « Punir les pères dans leurs enfants, écrivait Bossuet, c'est les punir dans leur bien le plus réel ; c'est les punir dans une partie d'eux mêmes, que la nature leur a rendue plus chère que leurs propres membres et même que leur propre vie. En sorte qu'il n'est pas moins juste de punir un homme dans ses enfants que de le punir dans ses membres et dans sa personne. Reconnaissons donc cette justice qui venge les crimes des pères sur les enfants. » (De la connaissance de Dieu et de soi-même, Ch. IV nº 11). D'ailleurs cette opinion de l'Evêque de Meaux était conforme au dogme de l'Eglise Catholique, sur le péché originel.

: « Il a fallu flétrir le concubinage, écrivait Montesquieu ; il a donc fallu flétrir les enfants qui en étaient nés » (Esprit des lois. Livre XXIII ch. 6.

« Que le petit-fils soit puni pour les fautes du grand-père, écrit M. Faguet, ce n'est pas autre chose qu'un homme soit puni dans sa vieillesse pour les fautes de sa jeunesse. Ils ont commis des fautes ; c'est nous qu'en sommes punis. Est-ce juste ? Il ne le semble pas. Mais enfin c'est l'ordre naturel. Et que ce soit l'ordre naturel, cela n'indique-t-il pas qu'il y a quelque chose qui veut que les fautes soient payées, un quelque chose qui nous dépasse et nous surplombe et qui ne s'arrête pas, parce que notre vie individuelle s'arrête, dont la loi de compensation va son chemin, et non satisfaite au temps d'une génération, se satisfait au temps des générations suivantes. » (Les préjugés nécessaires p. 187).

On n'admet plus aujourd'hui le principe de la réversibilité des fautes. L'opinion publique est de moins en moins sévère pour les enfants naturels, qu'elle considère non comme des coupables mais comme des victimes.

Dans le livre du Centenaire du Code Civil (Réforme du Code Civil p. 943) M. E. Pilon écrivait fort justement : « qu'au total ce n'est pas l'assimilation complète des enfants naturels aux enfants légitimes, mais c'est déjà une conception plus humaine des droits des enfants naturels. On finit par s'apercevoir que dans les rapports de famille, comme dans le domaine des obligations, la responsabilité doit-être là où est la faute ; qu'il est d'une morale plus élevée et d'une meilleure solidarité familiale de faire une large place dans la famille à l'enfant naturel. Pourquoi en effet le laisser à la porte ? N'est-il pas uni à ses Parents par les liens du sang ? N'a-t-il pas droit à la même affection et aux même égards que les autres ? La nature

veut qu'il soit des vôtres, et la morale commande que vous ne le traitiez pas en paria. »

Section II

La Protection de l'enfant naturel
Puissance Paternelle. Tutelle.

Le Code Civil de 1804 n'avait envisagé la puissance paternelle que dans le cas où la famille repose sur le mariage ; cependant dans l'art. 383, il reconnaissait aux parents naturels certains droits compris dans la puissance paternelle des enfants légitimes ; les art. 376, 377, 378 et 379 visent en effet le droit de correction qui suppose le droit de garde.

D'autre part l'ancien art. 158 rendait applicable aux parents naturels les art. 148 et 149 concernant la nécessité du consentement des parents, en cas de mariage, et les art. 151 à 155 relatifs aux actes respectueux. Le père naturel avait la prépondérance, tout comme le père légitime.

Mais on était d'accord pour refuser aux parents naturels la jouissance légale et l'administration légale, c'est-à-dire les deux attributs les plus importants de la puissance paternelle.

La loi du 2 juillet 1907 a réglementé la situation des parents naturels vis-à-vis de leurs enfants légalement reconnus. Malgré quelques réserves le nouvel art. 383 pose le principe que la puissance paternelle sur les enfants naturels est régie par les mêmes règles que celles des enfants légitimes.

Cependant la puissance paternelle sur un enfant naturel reconnu est exercée par celui de ses parents qui l'a reconnu le premier ; si l'enfant a été reconnu simultanément par son père et par sa mère, la prépondérance du père s'affirme et c'est lui seul qui exerce la puissance paternelle. Toutefois, si l'intérêt de l'enfant l'exige, le tribunal peut confier la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi. Il y a là un cas où le tribunal modifie l'attribution de la puissance paternelle, en dehors des cas prévus par la loi de 1889 sur la déchéance. En cas de prédécès de celui des parents auquel appartient la puissance paternelle le survivant en est investi de plein droit.

La loi du 2 juillet 1907 a reconnu aux parents naturels le droit

de jouissance légale des biens de leurs enfants mineurs de 18 ans. Jusque-là, en présence du silence des textes, ce droit avait été considéré comme une prime accordée à la paternité légitime.

Mais ce droit conféré par l'art. 384 à celui des parents naturels qui exerce la puissance paternelle est soumis à une restriction : le père naturel doit faire nommer un subrogé-tuteur à son enfant, dans les trois mois de son entrée en fonctions ; et s'il ne l'a pas fait dans ce délai, il n'a droit à la jouissance légale qu'à dater du jour de cette nomination. (art. 389).

Le père naturel n'a pas le droit d'administration légale ; dans l'ancien art. 389 figuraient les mots « pendant le mariage » ; dans le texte actuel figurent les mots « du vivant des époux ». La loi du 2 juillet 1907 n'a pas accordé aux parents naturels le droit d'administration légale ; elle leur a donné la tutelle légale, avec le contrôle habituel auquel elle est assujettie.

Le Code Civil de 1804 qui ne faisait qu'une brève allusion aux enfants naturels, en matière de puissance paternelle, les ignorait totalement, lorsqu'il s'agissait de leur tutelle. Ce silence avait soulevé toute une série de questions ; on s'était notamment demandé à quel moment s'ouvrait la tutelle des enfants naturels. La doctrine avait estimé que ces enfants devaient être mis en tutelle dès leur naissance. En fait on ne donnait un tuteur à l'enfant naturel que s'il possédait quelque bien ; c'est-à-dire la plupart du temps, lorsque l'un de ses parents mourait, lui laissant tout ou partie de sa fortune. Dans un arrêt du 10 novembre 1896. (D. 1899 1. 209), la Cour de Cassation avait décidé que la loi n'a pas fixé l'ouverture de la tutelle des enfants naturels, afin de laisser aux parents et aux autres intéressés, au Juge de Paix lui-même, le soin d'organiser cette tutelle, quand l'intérêt de l'enfant ou, celui des tiers l'exige.

On s'était demandé également qui devait être tuteur ; il n'y avait jamais lieu à la tutelle des ascendants, puisque l'enfant naturel n'en a aucun en dehors de ses père et mère. La jurisprudence avait décidé que la tutelle légale ne pouvait-être attribuée aux parents naturels. (Cass. 16 nov. 1898. D. 1899. 1. 218). On admettait également que le dernier mourant des père et mère ne pouvait pas nommer un tuteur testamentaire à l'enfant, et que ce droit n'appartenait qu'aux parents légitimes.

Il n'y avait donc pour l'enfant naturel, que la tutelle dative. On négligeait bien souvent de l'organiser ; et on n'y songeait que pour sauvegarder des intérêts pécuniaires. Les enfants naturels n'ayant pas de famille, en dehors de leurs père et mère, le conseil de

famille réuni pour procéder à la nomination du tuteur, se composait de voisins, d'amis ou d'indifférents.

Ces dispositions étaient véritablement insuffisantes, et aucune protection légale n'était accordée à l'enfant naturel. Fallait-il l'assimiler à l'enfant légitime, en accordant aux parents naturels, la tutelle légale, en maintenant la prééminence du père, en conservant l'institution du conseil de famille? Fallait-il au contraire faire intervenir directement l'Etat, dans la protection de l'enfant naturel, partant de la considération qu'en l'absence de mariage, la famille n'existe pas ?

La loi de 1907 a consacré un système mixte. Elle déclare les textes du titre de la tutelle applicables aux enfants naturels. Elle ne tranche pas nettement la question relative à l'ouverture de la tutelle, mais comme elle attribue compétence au tribunal civil du lieu où se trouvait le domicile du parent investi de la puissance paternelle, au moment où il a reconnu l'enfant, on en conclut que la tutelle est ouverte dès ce moment.

La tutelle légale appartient de plein droit à celui des deux parents de l'enfant, qui est investi de la puissance paternelle, c'est-à-dire à celui qui a reconnu l'enfant le premier ; ce sera souvent la mère, mais ce sera le père, si l'enfant a été reconnu simultanément par ses père et mère ; ce sera le survivant légalement connu, après le décès de celui qui avait la puissance paternelle (art. 389).

La loi de 1907 a déclaré applicables aux enfants naturels, les textes qui régissent la tutelle des enfants légitimes. Ils peuvent donc avoir un tuteur légal, un tuteur testamentaire ou un tuteur datif. Il y a cependant deux exceptions. Les enfants naturels n'ayant pas de parents légalement connus en dehors de leurs père et mère, il ne peut y avoir de tutelle des ascendants ; d'autre part, le conseil de famille n'aurait pu être composé que d'amis ou de voisins ; aussi la loi a-t-elle substitué à cette assemblée « d'indifférents », le tribunal civil de première instance du lieu d'ouverture de la tutelle. C'est lui qui remplit les fonctions dévolues au conseil de famille, qui par exemple nomme le tuteur datif. Il statue en Chambre du Conseil, après avoir entendu ou appelé le père ou la mère de l'enfant. Il est saisi sur la requête de l'un des parents ou du ministère public; il peut également statuer d'office. On admet qu'il est possible d'interjeter appel de ses décisions comme s'il s'agissait d'une homologation. (Cass. 3 mai 1909. D. 1912. 1. 105).

Mais les tribunaux civils sont souvent fort encombrés d'affaires, et les magistrats ne peuvent guère exercer une surveillance efficace.

Certains auteurs ont émis l'idée d'adjoindre, au tribunal, un conseil de tutelle comprenant un certain nombre de personnes, particulièrement désignées par leur situation et s'intéressant à la protection de l'enfance (V. en ce sens Charmont op. cit. Le protection des enfants naturels).

APPENDICE

La loi du 27 juillet 1917 sur les Pupilles de la Nation.

Le législateur ne pouvait se désintéresser des enfants naturels de nos glorieux combattants. Ils bénéficient des dispositions de la loi du 27 juillet 1917, sur les pupilles de la nation, au même titre que les enfants légitimes.

En effet, à une question posée à ce sujet par M. le Député Pierre Masse, M. Léon Bérard, rapporteur, répondait : « Il n'y a aucun doute quant à cette assimilation. Le terme seul de soutien inscrit dans l'art. 1er indique que l'enfant naturel, aura droit exactement à la même protection légale que l'enfant légitime. Il serait d'ailleurs singulier, alors que nous avons organisé en 1907, la tutelle des enfants naturels, que ceux-ci fussent exclus du bénéfice de la loi sur les orphelins de la guerre » (Ch. S. du 21 juillet 1917. J. off. du 22, p. 1929 ; Circ. du Garde des Sceaux du 7 janvier 1918. J, off. du 8 janvier 1918).

Section III

Le droit successoral de l'enfant naturel

§ 1. — *Historique. Code civil*

Dans son traité des Successions (L III. T. I Ch. IV p. 4) M. Demolombe montre d'une façon saisissante les difficultés en présence desquelles se trouve le législateur lorsqu'il réglemente le droit successoral de l'enfant naturel :

« Le but politique et social de la transmission héréditaire des biens, écrit-il, c'est la conservation des familles. Or, les enfants nés hors mariage ne sont point dans la famille de leurs père ou mère ; donc, ils sont par cela même, en dehors du système général des successions ; et l'honneur du mariage, d'accord avec l'intérêt des familles, ne permet pas en effet que l'on attribue aux fruits du désordre, les droits héréditaires qui appartiennent aux enfants issus d'une union légitime. Mais d'un autre côté pourtant, l'auteur de l'enfant naturel a contracté envers lui, par le fait même de la génération, l'obligation de lui laisser les moyens de soutenir la vie qu'il lui a donnée ; l'équité, l'humanité exigent que cette obligation soit remplie, et l'Etat lui-même y est intéressé, afin que les enfants illégitimes, dénués de toutes ressources, ne deviennent pas dans son sein, un embarras et un péril. Voilà les deux considérations capitales, qui dominent ce difficile problème ; et la solution la meilleure sera celle qui, par une conciliation prudente et mesurée, aura su faire une part à chacune d'elles. Les législations antérieures n'y avaient point réussi, et elles nous offrent tour à tour le spectacle, tantôt d'une rigueur excessive, qui dans l'intérêt de la Société et des familles, dégénère envers les enfants naturels en véritable inhumanité, tantôt d'une excessive indulgence qui, dans l'intérêt des enfants naturels sacrifie scandaleusement les droits les plus sacrés des familles et de l'ordre social ».

Notre Ancien Droit traitait fort durement les *bâtards*, terme de mépris qui exprimait la flétrissure. Les bâtards étaient incapables de succéder à leurs père et mère ; incapables aussi de recevoir d'eux aucune disposition universelle, soit entre vifs, soit par testament ; ils n'avaient droit qu'à des aliments. La maxime « Bâtards ne succèdent point » était constante, aussi bien dans les pays de droit

écrit, que dans les pays de coutume. S'ils mouraient eux-mêmes ab intestat, sans laisser d'enfants légitimes ou de conjoint, leur succession appartenait au roi, par droit de bâtardise.

Sous l'influence des philosophes du XVIII[e] siècle notamment de J. J. Rousseau, des idées d'égalité intégrale qui triomphèrent avec la Révolution de 1789, une réaction se produisit en faveur de l'enfant naturel. On aurait pu se contenter d'un adoucissement modéré des rigueurs de l'Ancien Droit ; on se jeta dans l'excès contraire.

La loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) proclama que leurs droits de successibilité dans la succession de leurs père et mère, seraient les mêmes que ceux des autres enfants. (art. 2) et qu'il y aurait successibilité réciproque entre eux et leurs parents collatéraux, à défaut d'héritiers directs (art 9).

Cette même loi donnait aux enfants adultérins des droits héréditaires égaux au tiers de la portion à laquelle ils auraient eu droit s'ils étaient nés dans le mariage. (art. 13)

Pour achever le tableau de ces dispositions désastreuses, la loi du 12 brumaire an II les faisait rétroagir et les déclarait applicables aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Les conséquences furent telles que la loi du 15 thermidor an IV supprima l'effet rétroactif.

« La loi du 12 brumaire, écrit M. Demolombe, avait porté à honneur du mariage et à la morale publique, une profonde atteinte. Le mal était très grand, et la Nation attendait avec anxiété le terme de cet intolérable régime..... Les auteurs du Code Napoléon, ont encore fait, en cette matière, une sorte de transaction entre le droit ancien et le droit intermédiaire, et en se gardant de l'excès de sévérité avec lequel la législation antérieure à 1793 avait traité les enfants nés hors mariage ; ils ont eu aussi la sagesse de mettre un terme à la scandaleuse indulgence de la législation de l'an II (op. cit. p. 10 et 11) ».

Le Code Civil n'enleva pas aux enfants naturels tout droit de succession ; il réduisit seulement leur part, et aux termes de l'ancien art 757, le droit de l'enfant naturel était fixé de la façon suivante : Si le père ou la mère laissait des descendants légitimes, le droit était d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime. Il était de la moitié, lorsque les père ou les mère ne laissaient pas de descendants, mais des ascendants ou des frères et sœurs ; il était des 3/4, lorsque les père ou mère ne laissaient ni descendants, ni ascendants, ni frères, ni sœurs ; enfin l'enfant naturel n'avait droit à la totalité des biens que lorsque ses père ou mère ne laissaient pas de parents au degré successible.

Le Code prenait bien soin de préciser que l'enfant naturel n'était point héritier (art. 756). Il le classait dans la catégorie des successeurs irréguliers, c'est-à-dire privés de la saisine, et par conséquent obligés de demander l'envoi en possession.

L'art. 762 n'accordait aux enfants adultérins et incestueux que le droit à des aliments.

« L'enfant naturel, écrit M. Paul Lerebours. Pigeonnière (Livre du Centenaire. La famille et le Code Civil), avait obtenu de la Révolution une réhabilitation morale et sociale. Le Code Civil lui donne un peu d'argent, mais lui refuse, ce dont il avait le plus besoin : la considération. Et même le Code, dans l'article 337 reprend à l'enfant naturel l'argent qu'il lui avait d'abord promis, lorsque des enfants légitimes sont en cause et que la reconnaissance de l'enfant naturel est postérieure au mariage de son auteur avec un étranger. Cette disposition dépasse en sévérité l'Ancien Droit, car d'après ses termes absolus elle prive l'enfant naturel en conflit avec l'enfant légitime dans l'hypothèse prévue, de toute ressource et jusque de l'appui alimentaire de ses Parents ! Les Rédacteurs du Code Civil ont voulu encore accentuer par là l'isolement de l'enfant naturel, et témoigner de nouveau qu'ils le considéraient comme un intrus, dont les prétentions méritent d'être rejetées, dès qu'elles entrent en conflit par surprise, avec les droits supérieurs de la famille légitime. Le tribun Siméon avouait, devant le Corps législatif que l'enfant naturel, placé en face de la famille légitime est un créancier odieux (Fenet XII p. 231) Tant pis pour les enfants naturels qui en souffriront, mais la morale et l'intérêt social, liés à la cohésion des familles recommandent de réserver ostensiblement toutes les faveurs pour la famille légitime fondée sur l'union perpétuelle et solidaire de l'homme et de la femme, et de ne pas taire la honte des naissances qui sont le fruit d'une union passagère. »

§ 2. — *La loi du 25 mars 1896.*

Vers la fin du XIX^eme^ siècle, un mouvement de l'opinion publique se manifesta très nettement en faveur de l'enfant naturel. La presse, le roman, le théâtre y contribuèrent amplement. On était de plus en plus épris des idées d'égalité, semées par les philosophes du XVIII^eme^ siècle. On demandait avec insistance le relèvement des droits successoraux de l'enfant naturel ; les parents s'efforçaient de trouver des moyens indirects et détournés, pour remettre leur fortune à leurs enfants qu'ils préféraient à des collatéraux ou même aux ascendants.

La loi du 25 mars 1896 a donné satisfaction à ces tendances, en

augmentant la part héréditaire de l'enfant naturel, en faisant de lui un héritier légitime, et en lui donnant par conséquent la saisine ; enfin, en élevant le chiffre de sa réserve.

Notons cependant qu'aux termes de l'art. 337, la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel, qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux, ne peut nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés du mariage. L'enfant reconnu pendant le mariage a-t-il le droit de réclamer des aliments à celui qui l'a reconnu ? En général les auteurs le lui refusent. Un arrêt du 16 déc. 1861 (D. 1862. 1. 39.) a décidé qu'un enfant naturel reconnu par une femme mariée ne pouvait pas réclamer d'aliments au mari de cette femme, sur les biens de la communauté. Un autre arrêt du 13 juillet 1886 (D. 1887. 1. 119) a permis, dans les mêmes conditions, à un enfant reconnu par le mari de se faire payer des aliments, tant sur les biens personnels du mari que sur les biens de la communauté. Pour justifier cette jurisprudence contradictoire, on fait remarquer que le mari a la libre disposition de ses revenus et de ceux de la communauté.

L'enfant naturel légalement reconnu, a depuis 1896, un droit héréditaire plus étendu qu'autrefois : Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est de la moitié de la portion héréditaire qu'il aurait eue, s'il eut été légitime (art. 758). Le droit est des 3/4, lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais des ascendants ou des frères ou sœurs, ou des descendants légitimes de frères ou sœurs. (art. 759). Enfin l'enfant naturel a désormais droit à la totalité de la succession, lorsque ses père ou mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères ou sœurs, ni descendants légitimes de frères ou sœurs. (art. 760).

Cependant, dans le système du Code Civil comme dans celui de la loi de 1896, l'enfant naturel n'a aucun droit sur la succession des parents de ses père et mère (art. 757), La reconnaissance ne rattache l'enfant qu'à ses auteurs immédiats. Au contraire, la législation révolutionnaire permettait à l'enfant naturel de succéder aux ascendants et aux collatéraux de ses père ou mère. 1

La loi de 1896 n'a pas modifié les droits des enfants adultérins ou incestueux dans les cas où cette filiation est légalement établie. Ces enfants n'ont droit qu'à des aliments réglés eu égard aux facultés du père et de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers (art. 763) Mais lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux

(1) Sur la dévolution de la succession de l'enfant naturel, v. les ouvrages généraux cités dans notre bibliographie.

lui auront fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession (art. 764).

Avant 1896, la question de savoir si l'enfant naturel avait droit à une réserve avait été fort discutée, puis résolue affirmativement par la jurisprudence. L'art. 757 donnait à l'enfant naturel une portion du droit qu'il aurait eu s'il eut été légitime ; son droit de succession était moindre, mais sa nature était identique ; il comportait donc une réserve. D'autre part l'art. 761 ne permettait pas au père de dépouiller complètement son enfant (Cass. 28 juin 1809 — Cass. 12 juin 1866 D 1866. 1. 319).

La loi du 25 mars 1896 a ajouté un alinéa nouveau à l'art. 913. L'enfant naturel légalement reconnu a désormais droit à une réserve qui est une quotité de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime, calculée en observant la proportion qui existe entre la portion attribuée à l'enfant naturel, au cas de succession ab intestat et celle qu'il aurait eue dans le même cas, s'il eût été légitime.

Si à défaut d'enfants légitimes, le défunt laisse à la fois un ou plusieurs enfants naturels et des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule, les libéralités par actes entre vifs et par testament ne peuvent excéder la moitié des biens du disposant s'il n'y a qu'un enfant naturel, le tiers s'il y en a deux, le quart s'il y en a trois ou un plus grand nombre. Les biens ainsi réservés seront recueillis par les ascendants jusqu'à concurrence d' 1/8 de la succession, et le surplus par les enfants naturels. (art. 915 nouveau.)

§ 3. — *Les lois récentes qui ont assimilé l'enfant naturel à l'enfant légitime.*

(Accidents du travail. — Allocations. — Pécule. — Pensions)

Tel est dans ses grandes lignes le droit successoral des enfants naturels, tel qu'il résulte de la loi de 1896. Certains demandent que ce droit soit étendu et qu'on en revienne à l'assimilation complète des enfants naturels et des enfants légitimes.

Cependant il ne faut pas oublier que tout droit nouveau accordé à l'enfant naturel est une faveur enlevée à l'enfant légitime et constitue par conséquent une nouvelle brèche, dans l'organisation de la famille légitime, base essentielle de notre société.

Ces tendances à l'assimilation se sont manifestées dans de nombreuses lois récentes. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, dispose dans son art. 3, que lorsque l'accident est suivi de mort, une pension est servie, au conjoint non divorcé ou séparé de

corps et aux enfants légitimes ou naturels reconnus avant l'accident, âgés de moins de seize ans.

L'art. 7 de la loi du 30 décembre 1905, sur la caisse de prévoyance des marins français (D 1907. 4. 41) dispose que les enfants naturels reconnus avant l'origine de la blessure ou de la maladie d'où procède le droit, participent aux secours dans la même mesure que les enfants légitimes.

La loi du 14 juillet 1908, concernant les pensions sur la caisse des invalides de la marine (D 1908. 4. 84) assimile dans son art. 9 les enfants naturels aux enfants légitimes.

La loi du 14 juillet 1913 relative à l'assistance des familles nombreuses (D 1915. 4. 81) ne fait aucune distinction entre les deux catégories d'enfants (art. 2). Tout chef de famille de nationalité française, ayant à sa charge plus de trois enfants, légitimes ou reconnus, et dont les resssources sont insuffisantes pour les élever, reçoit une allocation annuelle, par enfant de moins de treize ans, au delà du troisième enfant de moins de treize ans.

Les lois du 5 août 1914 et du 28 avril 1916, qui ont accordé des allocations journalières aux familles nécessiteuses, dont le soutien était mobilisé, ou était une victime civile de la guerre, n'ont fait aucune distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

Aux termes de l'art. 3 du décret du 6 février 1919, sur l'attribution du pécule aux familles des combattants morts pour la France, les enfants naturels reconnus sont traités en tous points, comme des enfants légitimes.

En vertu des principes posés par les lois du 11 avril 1831 (guerre) et du 18 avril 1831 (marine) modifiés par des lois postérieures, les enfants naturels reconnus n'avaient droit à aucune pension. L'art. 13 de la loi du 31 mars 1919 dispose que des majorations annuelles sont accordées en sus de la pension définitive ou temporaire, par enfant légitime né ou à naître, suivant un certain tarif ; il ajoute que les mêmes majorations sont allouées pour chaque enfant naturel reconnu.

« On ne s'explique pas déclara M. Lafont, lors de la discussion de cet article à la Chambre, pourquoi une distinction serait faite entre les enfants, suivant les catégories juridiques auxquelles ils appartiennent. Il s'agit de donner, en fait, un appui matériel plus considérable au mutilé, qui aura à assurer la subsistance de membres plus nombreux de sa famille. Que les membres de la famille aient le bonheur d'avoir été enregistrés par les officiers de l'état civil avec la mention « légitime » ; qu'ils portent cette tare juridique de n'être que des enfants naturels, leur capacité d'absorption sera la même et les enfants

naturels mangeront autant que les enfants légitimes. Il est donc difficilement soutenable que l'on donne aux uns sans donner aux autres. »

Mais M. Betoulle voulait aller plus loin encore : « J'appelle, disait-il l'attention de la Commission, sur la situation d'enfants d'hommes morts sous les drapeaux et qui ne peuvent pas être visés par la loi que nous discutons, parce que leur mère vivait en concubinage avec leur père, lequel était marié à une autre femme. Au dessus de la loi écrite et des codes, il y a la justice humaine. Ne pourrait on pas prévoir une disposition, qui permettrait de consacrer les droits de ces enfants ? »

A cette objection, M. Abrami, Sous-secrétaire d'Etat de l'Administration de la guerre, répondit fort énergiquement, comme il le fit, lorsqu'il s'agit de fixer le droit à la pension de la compagne, ou de le lui refuser. « La Chambre ferait une œuvre dangereuse au premier chef si, à propos de la loi des pensions, et, permettez moi cette expression, dans le détour d'un article ou d'un alinéa de cette loi, elle voulait refaire le Code Civil. La commission de la réforme judiciaire peut-être saisie de toute proposition de loi ayant pour objet de modifier les règles fondamentales du Code Civil sur la reconnaissance des enfants, sur les enfants adultérins, sur le divorce et sur la légitimation. Aussi longtemps que les principes du code civil, en la matière n'auront pas été modifiés, il n'appartiendra pas à la loi des pensions de dire qu'une femme encore dans les liens du mariage, qui n'a pas été dissous par un jugement prononçant le divorce, ne peut pas faire reconnaître par un concubin les enfants qu'elle a eus de lui. Ce sont des enfants adultérins qui par ce fait même, ne pourront pas faire l'objet d'une reconnaissance et bénéficier des dispositions que nous votons. Reste à examiner, si en fait, il n'est pas possible de tenir compte de la situation intéressante dont parle M. Betoulle. L'Administration de la Guerre a eu, maintes fois, son attention appelée par des situations de ce genre, et a accordé des milliers de gratifications d'allocations à des femmes, qui ne pouvaient invoquer le bénéfice d'aucune loi positive » (Chambre.S. du 4 février 1919. J. off. du 5 p. 396 à 401).

Sous l'empire de la législation antérieure, les enfants naturels reconnus ne pouvaient obtenir que des secours facultatifs après enquête. Cette conception ne correspondait ni à nos idées actuelles, ni à l'esprit qui avait animé le législateur de 1896. (V. rapport de M. Masse du 21 juillet 1916 p. 1963.)

Aux termes de l'art. 25 de la loi nouvelle les enfants naturels reconnus ont droit à la pension. Il faut et il suffit qu'ils soient léga-

lement reconnus, qu'il s'agisse d'enfants naturels simples ou adultérins (dans le cas bien entendu ou cette reconnaissance est possible) que la reconnaissance soit volontaire ou judiciaire.

Mais en vue d'assurer la sincérité des reconnaissances des enfants naturels, le législateur a pris dans l'art. 26 toute une série de précautions. Pour que les enfants naturels aient droit au bénéfice des dispositions qui précèdent, il faut qu'ils aient été conçus avant le fait qui donne ouverture à pension et qu'ils aient été reconnus dans les deux mois de leur naissance, à moins que le père n'en ait été empêché par des circonstances de fait dûment justifiées et qu'il ait fait cette reconnaissance dans le délai de six mois suivant la promulgation de la loi. En ce qui concerne les enfants nés avant le 4 septembre 1915, il faut que la reconnaissance ait eu lieu antérieurement au 4 novembre 1915 (date du dépôt du projet de la loi sur le bureau de la Chambre), sauf l'exception précédemment indiquée. En cas de reconnaissance judiciaire, il faut que la conception soit antérieure au fait qui donne ouverture à pension.

La loi prévoit le cas où l'enfant naturel se trouve en présence d'une veuve ou d'enfants légitimes. La pension des enfants naturels se calcule, comme celle qui serait allouée par application de l'art 20 aux orphelins du premier lit. Ce mode de calcul peut aboutir à un résultat choquant, qui a été examiné au cours de la discussion au Sénat, sans entraîner cependant de modifications.

« L'art. 25, dit M. Jenouvrier, se réfère à l'art. 20 qui prévoit une hypothèse très fréquente. Le soldat mort a laissé des enfants de deux lits ; il y a donc lieu de répartir la pension à laquelle ont droit les descendants du défunt. Aux termes de cet art. 20 et conformément à ce qui se passait antérieurement, la pension est partagée en deux parties égales : une partie va aux enfants ou à l'enfant du premier lit ; l'autre va aux enfants ou à l'enfant du second lit. Cela se conprend puisque manifestement l'enfant du premier lit, plus âgé que ceux du second lit, atteindra sa 21eme année avant ses demi frères ou sœurs. Or, que va-t-il se passer avec l'art. 25. Si le soldat mort laisse des enfants légitimes et un enfant naturel reconnu, la pension va se partager en deux parties distinctes ; une moitié pour les enfants légitimes, et l'autre pour l'enfant naturel. Ce dernier qui pourra être plus jeune que ses demi-frères légitimes, va absorber à lui tout seul, la moitié de la pension. Il y a là quelque chose de choquant. Je veux bien être aussi libéral que possible pour les enfants « hors famille » ils n'y sont pour rien ; mais il ne faut tout de même pas leur donner une situation plus favorable que celle des enfants légitimes. L'article qu'on nous propose peut conduire un enfant

naturel à prendre à lui seul la moitié de la pension, tandis que cinq ou six enfants légitimes, nés avant lui, n'auront à se partager que l'autre moitié. Cela est inadmissible. «

Le rapporteur se contenta de répliquer qu'il lui paraissait impossible que les droits de l'enfant naturel puissent porter une telle atteinte à ceux des enfants légitimes, et le texte fut adopté. (Sénat s. du 28 mars 1919 J. off. du 29 p. 387).

L'évolution législative que nous venons de retracer est significative ; chaque jour, la distance qui séparait l'enfant naturel de l'enfant légitime, diminue ; nous allons à grands pas vers une égalité complète.

SECTION IV

La légitimation des enfants naturels

M. Planiol (Traité élémentaire de droit civil. T. I. p. 481) définit la légitimation un bénéfice par lequel la qualité d'enfant légitime est fictivement conférée, avec toutes ses conséquences, à un enfant conçu hors mariage.

Il y avait dans notre Ancien Droit, deux sortes de légitimation : la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par rescrit du prince.

La légitimation par mariage a pour but de pousser les concubins à régulariser leur union de fait ; elle remonte à Constantin et fut très vraisemblablement introduite sous l'influence de l'Eglise.

La légitimation par rescrit a été imaginée par Justinien ; on y recourait lorsque le mariage était devenu impossible entre les Parents. Le rescrit fut remplacé par des lettres de légitimation qui constituaient pour la Chancellerie royale une source de revenus ; elles disparurent avec la Révolution.

Réservant pour l'instant l'étude de la légitimation des enfants incestueux et adultérins, et ne nous occupant que de celle des enfants naturels, rappelons que sous l'empire du Code Civil, deux conditions étaient nécessaires et suffisantes, pour que ces enfants fussent légitimés. 1° Il fallait que les père et mère de l'enfant contractent mariage entre eux. 2e Il fallait que l'enfant ait été reconnu avant le mariage.

On s'est demandé bien souvent s'il était utile de rétablir une sorte de légitimation par décret: Nous pensons que le législateur a bien fait de ne permettre que la légitimation par mariage, l'autre mode de légitimation ayant le tort de ne pas pousser les concubins à transformer leur union de fait en une union régulière. Cependant au cours de la guerre, il a été amené à faire fléchir provisoirement ce principe.

La loi du 7 avril 1917 détermine les conditions dans lesquelles peuvent être légitimés les enfants, dont les parents se sont trouvés par la mobilisation du père, et le décès de ce dernier, dans l'impossibilité de contracter mariage. Elle a pour origine deux propositions de loi présentées, la 1ere par M. Lefas le 12 octobre 1915, l'autre

par M. Viollette le 3 novembre 1915. (V. annexe n° 1403, J. off. du 28 novembre 1915 p. 1134 et 1135 — Rapport du 18 novembre 1915. Annexe 1459 J. off. 1 janvier 1916 p. 1281).

« Il y a, lit-on dans l'Exposé des motifs, peu de questions plus dignes d'attention que celle des enfants de nos Morts. Sans doute grâce aux facilités données aux mariages, beaucoup de situations ont put être régularisées, mais il ne faut pas oublier que la loi n'est que du 4 avril 1915, et que déjà près de 300.000 hommes étaient morts sans avoir pu en profiter. D'ailleurs, même depuis que le mariage par procuration est admis, les lenteurs administratives sont telles qu'il ne s'écoule pas moins de trois mois entre la demande et l'autorisation du ministère de la guerre. Il arrive donc assez souvent que le décès étant survenu, beaucoup d'officiers de l'état civil refusent de procéder au mariage, bien qu'ils n'aient encore qu'un avis officieux ne pouvant valoir comme acte de décès .... Certes il ne convient pas de bouleverser notre législation et d'admettre que la qualité d'épouse légitime puisse s'acquérir autrement que par le mariage ; c'est-à-dire par un échange solennel de consentement devant l'officier de l'état civil. Mais il est possible de convier la justice à examiner les cas particuliers, et à dire si vraiment, il y a eu chez les deux parents de tel ou tel enfant, une intention évidente de le légitimer. Cette intention évidente pourra résulter d'un testament, de lettres missives le plus souvent, à la condition qu'elles ne présentent aucune ambiguité ; elle pourra résulter aussi de correspondances avec les mairies pour arriver à un mariage par procuration, d'une demande d'autorisation au ministère de la guerre par exemple .... La volonté de reconnaître elle-même ne suffirait pas, parceque dans notre droit la reconnaissance est fort distincte de la légitimation. La légitimation suppose par définition un mariage ; il faudra donc que les tribunaux trouvent dans les circonstances de la cause la preuve que le mariage était indubitablement décidé, et décidé en considération de l'enfant .... Je vous demande de dire, que comme le père est mort pour la France, l'enfant n'en souffrira pas, et que par exception la loi va lui donner la situation morale et matérielle de fils légitimé. »

La loi du 7 avril 1917 décide que tout enfant, dont le père mobilisé est décédé depuis le 4 août 1914, des suites de blessures reçues ou de maladies contractées ou aggravées pendant son séjour sous les drapeaux, pourra être déclaré légitimé dans les termes de l'art. 331 du Code Civil par le tribunal de première instance du lieu d'ouverture de la succession, en vertu d'un jugement rendu en audience publique, après débats en chambre du conseil. Le tribunal doit exa-

miner s'il résulte de la correspondance ou de tout document certain, une évidente et commune volonté de se marier et de légitimer l'enfant.

Le législateur a voulu écarter la preuve testimoniale, car il s'agit ici d'un acte d'une gravité exceptionnelle. : « Il ne faut pas, écrivait M. le Sénateur Catalogne dans son rapport du 13 avril 1916 (annexe nº 158. J. off. du 10 mai 1916 p. 231), que la légitimation puisse résulter de témoignages, même de braves soldats, de bonne foi évidente, mais à la mémoire fragile et trouble, rapportant les confidences imprécises et hâtives d'un camarade blessé à mort, avec le souci, en son heure dernière, au bruit de la mitraille d'assurer la situation de pauvres abandonnés, la réparation d'une faute de jeunesse, la réalisation d'une promesse faite, d'un serment prêté au moment des adieux ».

La légitimation peut également être prononcée si tous les parents défendeurs adhèrent à la demande.

Les personnes qui peuvent prendre l'initiative de cette action contre le ministère public sont la mère et à son défaut le tuteur, le subrogé tuteur, ou l'un des ascendants du père ou de la mère. Les parents du père, en ligne directe, qui n'ont pas pris l'initiative de l'instance, et à défaut de parents en ligne directe, les collatéraux privilégiés doivent être mis en cause.

Le demandeur doit prouver que l'enfant a été légalement reconnu par la mère ou déclaré judiciairement être né d'elle ; que les deux parents se sont trouvés au jour du décès du père, réunir les conditions de capacité exigées par les art. 144, 145, 147, 148, 150, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 228 et 296 c. civil pour contracter mariage.

Le dispositif du jugement ou de l'arrêt accueillant la demande doit être transcrit sur les registres de l'état civil de l'année courante de la commune où est né l'enfant et mention doit en être faite, en marge de son acte de naissance.

L'enfant ainsi légitimé a les mêmes droits qu'un enfant légitime, tant au regard de son père qu'au regard de sa mère, avec effet rétroactif à la veille du décès du père, s'il y a lieu de la mère.

Enfin, la loi est essentiellement temporaire ; aucune instance de ce genre ne sera plus reçue deux ans après la fin des hostilités.

(V. divers arrêts rendus en application de cette loi, notamment Cour de Besançon 31 décembre 1919 ; Cour de Paris 27 mars 1920 ; Cour de Cassation 1er mars 1920, rapportés à la Gazette du Palais du 11 mai 1920).

L'art. 331 du Code Civil n'autorisait la légitimation des enfants nés hors mariage que s'ils avaient été reconnus, soit antérieurement

au mariage de leurs parents, soit dans l'acte même de la célébration. La reconnaissance restait toujours possible de la part du père et de la mère, même après leur mariage ; seulement cette reconnaissance ne produisait pas les effets d'une légitimation régulière, elle équivalait à une reconnaissance faite par des parents non mariés. La légitimation post nuptias était si strictement prohibée que la Cour de Cassation (27 décembre 1905 — D. 1906. 1. 185. Note de M. Pierre Binet) n'admit la validité d'une légitimation faite à la suite de l'acte de célébration mais par acte distinct, les témoins étant les mêmes, qu'en déclarant qu'il y avait eu erreur commise par un agent de l'administration municipale.

Cette disposition de l'art. 331 était malheureusement ignorée de la grande majorité des parents, qui en se mariant, croyaient légitimer leur enfant naturel, sans remplir aucune autre formalité ; et cependant en présence des termes de la loi, le bénéfice de la légitimation était refusé à celui-ci.

D'après le droit canonique la légitimation avait lieu de plein droit par l'effet du mariage, sans qu'il fut nécessaire de reconnaître préalablement l'enfant.

M. Mazière déposa le 21 février 1911, sur le bureau du Sénat, une proposition qui devient après modifications le par. 2 du nouvel art. 331, tel qu'il résulte de la loi du 30 décembre 1915 (V. sa proposition au J. off. du 3 avril 1911. Doc. Parl. annexe p. 59 et 60) « Désormais les époux qui ont omis de reconnaître un enfant naturel, avant ou au plus tard, lors de la célébration de leur mariage, ne voient plus opposer à la légitimation de leur enfant une forclusion rigoureuse et absolue. Mais la reconnaissance faite postérieurement au mariage n'emporte légitimation qu'en vertu d'un jugement rendu en audience publique, après enquête et délibération en chambre du conseil, jugement qui doit constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun aux deux époux » (Circ. du Garde des Sceaux 11 janvier 1916. J. off. du 13).

La loi ne devait pas en effet laisser à des époux la facilité de s'attribuer des enfants par consentement mutuel en dehors des conditions de l'adoption. (Objection déjà formulée par Bigot de Préameneu ; séance du 20 ventôse au IX dans l'exposé des motifs de la loi relative à la paternité et à la filiation). C'est pourquoi elle exige un jugement après enquête, le ministère public entendu, comme dans toutes les questions qui intéressent l'état des personnes.

Notons aussi qu'aux termes de la loi nouvelle, lorsque les père et mère reconnaissent leur enfant, au moment de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil doit constater la reconnaissance et

la légitimation dans un acte séparé. Cette modification est dûe à l'initiative de M. le Sénateur Catalogne (J. off. du 15 déc. 1908. doc. parl. p. 32) ; elle a abrogé une disposition humiliante et génante qui faisait connaître aux tiers une faute qu'il n'y a aucun intérêt à divulguer, chaque fois que les époux devaient produire leur contrat de mariage.

Section V

La légitimation des enfants incestueux ou adultérins

L'anc. art. 331 décidait que « pouvaient être légitimés, les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin ».

Cependant la jurisprudence admit que l'enfant né de personnes entre lesquelles le mariage est prohibé pour cause de parenté ou d'alliance est légitimé, lorsque ses parents contractent mariage, après avoir obtenu les dispenses : enfant né d'un oncle et de sa nièce, d'une tante et de son neveu, d'un beau frère et d'une belle sœur, sous réserve de la loi du 1er juillet 1914 (V. Cass. 22 janvier 1867 — D. 1867 1. 5 ; 27 janvier 1874. D. 1874.1.216 ; en sens contraire Colmar 13 mars 1866. D. 1866. 2. 60 ; Demolombe t. V. n° 354 ; Laurent t. IV n° 175. 178). La jurisprudence se base sur le fait que l'obstacle qui sépare les époux peut être supprimé par une dispense de la Chancellerie, et que la situation de l'enfant ne doit pas dépendre de l'exactitude ou du retard des bureaux.

Le législateur, de plus en plus indulgent pour l'adultère, après avoir supprimé la prohibition de l'art. 298, était fatalement amené à porter atteinte au principe de l'art. 331.

« Dire qu'on a abrogé, voici plus d'un an, l'imbécile article de la loi, qui empêchait vos Papas, vos Mamans de s'unir, de fonder pour vous le nouveau foyer, le nid où abriter vos existences précaires et ballotées écrivaient Paul et Victor Margueritte. Et vous enfants adultérins, nés hors mariage, de parents déjà mariés, vous qui les premiers eussiez dû profiter de cette amélioration de la loi du divorce, vous qui étiez la vraie, la profonde raison d'être de cette faculté de remariage, donnée aux « complices », vous êtes les seuls auxquels ait omis de songer le législateur. Vos parents sont maintenant devant la loi mari et femme. Ils ont pu effacer le pénible souvenir, réparer le tort

qu'ils s'étaient aux yeux de quelques-uns causé. Nom, fortune, tout désormais leur est commun ! Et vous qui incarnez leur raison de vivre, vous qui devriez être leur revanche du sort, leur orgueil quotidien, le soutien de leur vieillesse, vous qui méritiez avant eux les réparations du bonheur, toutes les justices tardives, vous demeurez ce que vous étiez auparavant, ce que vous êtes toujours, tarés, flétris un zéro social, quelque puisse être votre valeur d'individu » (Quelques idées).

C'est pour ces diverses considérations, que la loi du 7 novembre 1907, modifiant l'art. 331 décida que les enfants adultérins peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère, et dans l'acte même de célébration, lorsqu'ils sont nés plus de 300 jours après l'ordonnance du Président du tribunal autorisant la femme à avoir une résidence séparée (art. 878 C. proc. civ.) et lorsque cette procédure a abouti à la séparation de corps ou au divorce, ou a été interrompue par le décès de l'autre conjoint. Elle décida également que l'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari peut-être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice.

Cette loi n'avait pas donné satisfaction pleine et entière à ceux qui en avaient été les promoteurs ; ils l'acceptèrent cependant comme une première étape ; et la position conquise, continuèrent leur plan de campagne.

La loi du 30 décembre 1915 a pour origine une proposition de loi présentée, le 11 novembre 1907, pour MM. Maurice Violette et Steg (J. off. du 15 mars 1908, Doc. parl. p. 261 et 262 annexe n° 1309) et qui identique au texte adopté par la Chambre, dans sa première délibération lors de la préparation de la loi du 7 novembre 1907 était ainsi rédigée:

Art. 1er L'art. 331 du Code Civil est modifié, ainsi qu'il suit : Les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration. Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.

Art. 2. Dans le délai de deux ans, à partir de la promulgation de la présente loi les enfants nés d'un commerce adultérin, qui n'ont pu être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère, pourront être l'objet d'une reconnaissance qui emportera légitimation. Cette légitimation aura lieu devant l'officier de l'état civil du domicile des deux conjoints. Mention en sera faite, en marge des actes de mariage et de naissance. »

La commission de réforme judiciaire et de législation civile et

criminelle adopta intégralement la proposition de M. Violette (V. rapport de ce dernier, en date du 25 novembre 1907. J. off. du 19 mars 1908. Doc. Parl. p. 293). Frappée des graves inconvénients de la loi du 7 novembre 1907, elle voulut revenir au texte préablement voté.

M. Chaumié dans son rapport, prétendait qu'avec ce texte, une sorte de consécration légale allait être donnée à l'état de bigamie (V. D. 1907 4 172 note 5)

« Sera-t-il très osé de dire que la conséquence juridique que le rapporteur du Sénat nous oppose ne nous choque pas le moins du monde, écrivait M. Violette, dans le rapport précité ? Nous ne pouvons pas avoir sérieusement, nous législateurs, la prétention d'empêcher les maris, pas plus que les femmes, de manquer au devoir de fidélité. Que le Sénat vote ou non le texte de la Chambre, il n'y aura pas dans toute la France, une situation irrégulière en plus ou en moins. La seule question qui se pose, ce n'est donc pas du tout la question des parents encore une fois, on ne peut et on ne pourra jamais rien contre eux — c'est la question des enfants, parfaitement innocents eux, de la faute de leurs parents. Pourquoi dès lors, lorsqu'il s'agit d'administrer le châtiment se garde-t-on bien de l'infliger aux coupables ? Pour eux on abroge l'art. 298 du Code civil. Ils vont pouvoir se marier. Même si leur complicité a été éclatante, même s'ils ont été condamnés pour adultère, ils auront de par la loi, le bénéfice de la consécration légale que redoute le Sénat. Ces unions qui, hier encore étaient secrètes, cachées, délictueuses, aujourd'hui par le fait de la mort ou du divorce de l'épouse légitime, deviennent hautement avouables, très régulières, et l'officier de l'état civil, au nom de la loi, unit ceux qui étaient et auraient pu être quelques jours avant sur les bancs de la police correctionnelle. Ainsi en a décidé un texte voté par le Sénat. Il est tout de même d'une singulière conception, de trouver ce moyen admirable de punir les parents : les frapper dans la personne de leurs enfants ; de sorte que s'ils n'ont pas d'enfants, jamais il ne seront punis. »

« Le Sénat, écrivait M. Violette, ne peut pas se faire d'illusion ; il ne peut pas ignorer, que dans le seul cas, où il permet la légitimation d'enfants nés des relations d'un homme marié avec une femme libre, il s'agira pourtant d'enfants nés de relations qui auront préexisté à l'ordonnance du Président. Il est vrai que l'enfant, signe révélateur de ces relations, n'apparaîtra qu'après, mais tout le monde saura bien qu'il s'agit là d'un ménage irrégulier, qui coexistait à côté de la famille légitime. La procédure de divorce ou de séparation de corps sera du reste là pour l'attester d'une façon certaine. »

Les partisans d'une modification de la loi de 1907 firent remarquer qu'avec ce texte on aboutissait souvent à des conséquences déplorables. Un homme séparé de fait de sa femme légitime, nouait des relations avec une autre femme et plusieurs enfants en naissaient La femme légitime se décidait à demander le divorce et l'obtenait. Le père en se remariant avec sa maîtresse, voulait légitimer ses enfants ; mais à cause de la date de l'ordonnance, il ne pouvait le faire que pour quelques uns, et les autres étaient exclus du bénéfice de la loi. Pourtant ces divers enfants sont bien frères et sœurs, nés dans des conditions identiques.

« *Nous sommes entrés dans une voie, où il faut aller jusqu'au bout,* écrivait encore M. Violette, *et c'est en cela qu'il était précieux pour nous, que le texte du Sénat fut promulgué aussitôt, car il engageait notre législation,* de telle sorte qu'il y aurait en un sens plus d'immoralité encore à ne pas l'étendre qu'à l'abroger. Le progrès commande impérieusement plus de progrès encore ; il y a aujourd'hui plus d'injustice à refuser de sanctionner cette conséquence de l'abrogation de l'article 298 qu'il n'y en avait avant la loi du 15 décembre 1904, à refuser l'abrogation de l'article 298 lui-même. Ou il faut rétablir l'article 298, ou il faut aller jusqu'à notre texte. Répétons encore ces paroles du Procureur Général Dupin, d'une logique si irrésistible. Puisque la loi actuelle, au lieu de rester ferme dans la prohibition, a permis ces mariages, il est certain, sans que vous puissiez dénier cet effet au mariage, que toutes les fois qu'il y aura dispense et mariage à la suite, il y aura légitimation des enfants ».

Au cours de la discussion générale à la Chambre, M. de Castelnau combattit énergiquement le texte proposé : « Est-il possible, dit-il, que l'on veuille, malgré l'institution légale du mariage, assurer à une véritable polygamie, une filiation légitime, venant s'emmêler à la filiation de la loi, la troubler et la bouleverser, en mettant sur le même pied, au point de vue légal, les enfants de la femme légitime et ceux de la maîtresse ; c'est véritablement monstrueux ! Quelle différence allez-vous faire désormais entre le mariage légal et l'union libre ? Aux yeux de la loi, ils deviennent absolument égaux, puisque les effets du mariage civil ne sont pas plus sauvegardés et garantis que les effets de l'union libre, dépourvue elle de tout frein et de tout contrôle Je sais bien qu'on vous dira que dès lors que vous avez permis à l'époux adultère d'épouser sa complice, il va se fonder des foyers où existeront des disparités de situation et d'état vraiment regrettables entre les enfants, nés du délit et ceux qui naîtront de l'union régularisée... Que d'innocents payent en définitive les fautes de ceux qui les ont précédés dans la vie ! Combien ont à pâtir

des écarts de ceux à qui ils doivent le jour, et au point de vue physiologique et au point de vue légal et moral ! Combien ont des tares navrantes résultant des vices, contre lesquels leurs auteurs auraient pu parfaitement se garantir ! Combien y en a t-il, dont la situation légale restera à tout jamais perdue ou diminuée, soit qu'il s'agisse de malheureux enfants nés d'un commerce incestueux, soit qu'il s'agisse d'enfants naturels non reconnus, ou même d'enfants naturels reconnus dont la loi restreint les droits et qui, quoiqu'on dise et quoiqu'on fasse, auront toujours dans la société, une situation d'infériorité contre laquelle on ne pourra jamais rien ! Tout cela est le produit de fautes humaines inévitables, commises souvent contre les obligations de la loi positive elle-même. Or, la loi ne peut avoir pour mission de réparer tous les malheurs et toutes les infortunes, qui peuvent résulter de ces fautes et de ces crimes, commis contre elle-même, en sacrifiant l'intérêt supérieur qui s'attache à la stabilité et à la sauvegarde de l'institution qu'elle a sanctionnée et sauvegardée pour en faire le soutien de l'Etat, une des bases les plus essentielles et les plus intangibles ! »

Répondant à ces objections, M. Violette déclarait que « si l'on a absous la bigamie, c'est lorsqu'on a abrogé l'article 298 du Code Civil » et il affirmait que loin de porter atteinte au mariage, il le renforçait ! « Nous donnons au mariage, ajoutait-il, un intérêt bien plus considérable, puisque dans de nombreux cas, nous lui faisons produire des effets que lui refuse la législation actuelle. Aujourd'hui beaucoup de personnes effrayées par les rigueurs de cette législation, prennent le parti singulièrement fâcheux de rester toute leur vie dans des situations irrégulières ».

Il est superflu de commenter la déclaration de M. Violette, affirmant son intention de renforcer le mariage, au moment même où il l'ébranle jusque dans ses plus profondes assises. C'est d'ailleurs la thèse qui n'a cessée d'être soutenue par tous ceux qui ont été les promoteurs des lois destructrices de la famille. Aussi M. Ménard, au cours de la séance de la Chambre du 5 juin 1908, s'écria-t-il fort justement : « Vous poussez les gens à se marier, en leur disant qu'il sera plus facile de détruire les effets de leur mariage ». (J. off. du 6 juin 1908 p. 1142 à 1149).

Quoiqu'il en soit, la loi du 30 décembre 1915 a modifié l'art 331 du Code Civil, et a permis la légitimation des enfants adultérins, par le mariage subséquent de leur père et mère, lorsque ceux-ci les reconnaissent au moment de la célébration du mariage, dans un certain nombre de cas.

1° Lorsqu'ils sont nés du commerce adultérin de la mère et ont été désavoués par le mari ou ses héritiers.

2° Lorsqu'ils sont nés du commerce adultérin du père ou de la mère, et réputés conçus à une époque où le père ou la mère avaient un domicile distinct, en vertu de l'ordonnance rendue conformément à l'art. 878 du C. proc. civile, et antérieurement à un désistement de l'instance, au rejet de la demande ou à une réconciliation constatée judiciairement (cas introduit en 1907). La reconnaissance et la légitimation peuvent être annulées, si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime.

3° Lorsque les enfants sont nés du commerce adultérin du mari, dans tous les autres cas, s'il n'existe pas, au moment du mariage subséquent, d'enfants ou de descendants légitimes issus du mariage, au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu. L'obstacle est définitif et si les enfants légitimes décédaient par la suite, la légitimation ne serait pas moins cependant frappée de nullité.

Par suite d'une anomalie singulière, il y a un cas où l'existence d'enfants légitimes ne fait pas obstacle à la légitimation ; c'est celui où l'enfant adultérin est né plus de 300 jours après l'ordonnance du Président assignant un domicile séparé, en cas d'instance en séparation de corps ou en divorce. Cette exception provient de ce que ce dernier cas était déjà prévu par la loi de 1907, et que le législateur de 1915 n'a songé à interdire la légitimation en présence d'enfants légitimes, que dans les nouveaux cas qu'il introduisait.

Aussi la proposition de loi de M. Violette (20 janvier 1916. J. off. Chambre, doc. parl. p. 48) demande que la légitimation des enfants adultérins par le père soit possible, dans le cas même où il y a des enfants du premier mariage.

Il subsiste encore des cas où la légitimation des enfants adultérins est interdite. Quand ce sont les enfants adultérins du mari, le cas unique est celui où il y a des enfants du précédent mariage, sous réserve de ce que nous venons d'indiquer. Mais quand ce sont les enfants de la femme, non désavoués par le mari ou ses héritiers, ils ne peuvent être légitimés même s'il n'y a pas d'enfants du précédent mariage, du moment qu'ils n'ont pas été conçus pendant un procès en divorce ou en séparation de corps, et avant les événements qui sont précédemment énumérés.

Le motif de cette différence entre le mari et la femme provient de l'application de la règle « Pater is est » contre laquelle protesterait la femme, en légitimant ces enfants. Au contraire le mari qui légitime les enfants conçus pendant son mariage de ses relations avec une autre femme, ne viole pas ce principe posé par le Code.

Section VI

L'adoption des enfants illégitimes

La question de savoir si une personne peut adopter son enfant naturel, dont la filiation est légalement établie, a été très sérieusement discutée. La jurisprudence de la Cour de Cassation a changé plusieurs fois sur ce point. En 1841, elle jugea que cette adoption était permise (28 avril 1841 D 1841 1.137), mais dès 1843, elle revenait sur cet arrêt de principe, et déclarait que cette adoption était interdite (16 mars 1843. D 1843 1.97). Enfin en 1846, elle revint à sa jurisprudence antérieure, et depuis lors elle n'a cessé de décider que ces adoptions sont permises (1er avril 1846. D 1846. 1.81 — 13 mai 1868. D 1868. 1.249 — 13 juin 1882. D 1882. 1.308). La Cour de Cassation se base sur le fait que le Code a déterminé les conditions de l'adoption, et qu'il n'a dit nulle part que l'enfant naturel ne pourrait pas être adopté, après avoir été reconnu ; or, les incapacités sont de droit étroit.

Ceux qui critiquent cette jurisprudence libérale soutiennent qu'autoriser l'adoption des enfants naturels reconnus, c'est permettre leur légitimation, en dehors des conditions prévues par la loi.

Il faut cependant remarquer qu'il existe des différences notables, entre l'enfant naturel adopté, et l'enfant légitimé. L'enfant adoptif n'entre pas dans la famille de l'adoptant, il ne devient pas le parent des parents de celui-ci ; il n'y a pas de droits réciproques de succession entre l'adopté et les parents de l'adoptant ; il n'y a pas non plus entre ceux-ci d'obligation alimentaire.

L'enfant légitimé, au contraire, entre dans la famille de ses père et mère ; il devient le parent de leurs parents ; il en résulte la naissance de droits de succession réciproques, entre l'enfant légitimé et les parents de ses père et mère ; et aussi, dans certains cas, une obligation alimentaire réciproque.

La plupart des adoptions ont lieu en fait, au profit d'enfants naturels reconnus ou non. En 1897, sur 95 enfants adoptés, 26 étaient enfants naturels des adoptants; en 1899, sur 73 adoptés, 13 étaient des enfants naturels dont 7 légalement reconnus. Les enfants nés de relations hors mariage, peuvent donc bénéficier d'une partie des avantages accordés aux enfants légitimés, lorsque pour eux la légitimation est impossible.

Ce cas se présentait souvent, avant le vote des lois récentes, lorsque l'enfant n'avait pas été légitimé au moment de la célébra-

tion du mariage ; ce qui se produit encore actuellement, lorsque le père ne veut pas épouser la mère, pour diverses raisons, souvent par ce qu'elle est de condition inférieure.

Il est impossible de contester la validité de l'adoption, des enfants adultérins, ou incestueux lorsque leur filiation n'est pas légalement établie. Dans le cas, ou en dehors de toute reconnaissance, la filiation adultérine ou incestueuse résulte d'un jugement de désaveu, d'une reconnaissance judiciaire de maternité, d'une annulation de mariage pour bigamie, ou parce que les deux conjoints étaient unis par des liens de parenté au degré prohibé, on se demande si l'adoption est possible. Malgré l'objection tirée de l'art. 908, nous croyons que si la jurisprudence avait eu à se prononcer sur la validité d'une adoption d'un enfant adultérin ou incestueux, dont la filiation serait légalement établie, elle se serait prononcée pour l'affirmative. Un tel enfant ne peut être reconnu ; mais il peut donc par l'adoption, bénéficier d'avantages beaucoup plus grands que ceux que leur aurait conféré la simple reconnaissance. Cette remarque était fort importante avant la loi du 30 déc. 1915 ; elle présente encore un certain intérêt dans les cas où la légitimation des enfants adultérins n'est pas permise.

Les conditions de l'adoption doivent être remplies ; elles sont parfois assez difficiles à réunir ; mais lorsqu'elles sont possibles, les personnes qui vivent en concubinage peuvent ainsi assurer aux enfants nés de leurs relations, une grande partie des droits reconnus aux enfants légitimes.

La Jurisprudence avait donc apporté de grandes atténuations à la rigueur du Code, avant que les lois récentes soient venues relever plus nettement encore, les enfants illégitimes, de leur incapacité.

APPENDICE

Statistique

En 1900, pour 754. 176 naissances légitimes, il y eût 73. 121 naissances naturelles. 13.467 enfants furent reconnus par le père ; 19374 mariages légitimèrent 32373 enfants naturels sur lequels 7264 avaient été antérieurement reconnus.

Sur 5090 enfants admis en 1900, dans les services des enfants

assistés de la Seine, 2935 étaient des enfants naturels non reconnus, 732 étaient des enfants reconnus, 1348 des enfants légitimés.

La dernière statistique officielle qui départage les naissances en légitimes et illégitimes, publiée par le ministère du travail (off. 1907 p. 8030) donne pour 1906 les chiffres suivants: Légitimes 735.981 ; Illégitimes : 70866 soit 9, 5 0/0 des naissances.

En 1911, il y avait 48962 naissances d'enfants vivants, dont les mères étaient domiciliées à Paris, sur lesquelles 11735 étaient des naissances illégitimes, soit 23,96 0/0. Sur ces 11735 enfants 1739 étaient reconnus immédiatement, 1067 étaient reconnus postérieurement à l'acte de naissance par le père seul ; 1126 étaient reconnus simultanément par le père et la mère, postérieurement à la naissance ; soit au total 3932 enfants reconnus par le père, chef de famille ; 4195 enfants étaient légitimés par mariage, sur lesquels 1268 n'étaient pas antérieurement reconnus. Nous arrivons donc au total de 5200 enfants reconnus par le père. Le nombre des naissances illégitimes étant à Paris de 11735, la proportion des enfants reconnus par leur père est de 44,31 0/0.

Le nombre total des naissances pour l'année 1911 étant à Paris de 48.962, ces 5200 enfants reconnus représentent une proportion de 10 0/0 d'enfants nés de gens non mariés et vivant en concubinage. Le nombre des gens mariés était à Paris en 1911 de 1200.000; le nombre des gens vivant en concubinage, peut être évalué à 120.000 soit 60.000 ménages irréguliers dans le Capitale (V. Journal de statistique novembre 1915 p. 512).

CONCLUSION

Au cours de cette étude, nous avons constaté que si la législation nouvelle de la famille, comprend un certain nombre de modifications heureuses, d'autres sont infiniment regrettables.

Nous avons approuvé les simplifications apportées au mariage, puisque les innombrables conditions de fond et de forme auxquelles il était jadis assujetti poussaient bien des personnes au concubinage ; elles n'auront plus maintenant aucune excuse pour s'y réfugier. Mais il ne faut pas que les facilités accordées aux jeunes gens leur fasse perdre de vue la grandeur du mariage, la gravité des devoirs qu'il impose et des responsabilités qu'il implique ; plus que jamais, ils doivent se mettre en garde contre les mariages mal préparés et mal assortis.

Le divorce devrait être le remède exceptionnel apporté à une situation malheureuse et sans issue, tandis qu'on le considère trop souvent comme une formalité sans grande importance, à laquelle recourent deux époux qui ne sont plus d'accord, et qui veulent trouver dans une autre union « leur droit au bonheur » Aussi repoussons-nous énergiquement tous les projets d'extension du divorce, dont la réalisation serait désastreuse pour la famille.

Le mari et la femme sont presque devenus des associés égaux en droit; c'est une victoire de l'individualisme, cependant nous estimons que sur ce point les modifications législatives ont été en général satisfaisantes.

L'autorité paternelle a cessé d'être un droit établi en faveur de celui qui l'exerce. Elle n'est plus qu'un moyen pour le père de remplir ses devoirs envers l'enfant, et le législateur n'hésite pas à y porter atteinte chaque fois que l'intérêt de l'enfant l'exige. Les lois récentes sont toutes inspirées de cette idée, fort louable, et on a pu dire avec raison que ce siècle était « le siècle de l'enfant »

Nous estimons qu'il y a une véritable exagération à déclarer que le législateur tend à substituer à l'autorité paternelle celle de l'Etat, afin que l'enfant soit soustrait à l'influence de sa famille. S ces projets chimériques et barbares ont été conçus et souhaités par quelques utopistes, ils n'ont nullement été consacrés dans un texte légal. Les précautions prises au moment de l'élaboration de la loi

sur les Pupilles de la Nation, prouvent que les droits de la Famille sont toujours scrupuleusement respectés, et que l'Etat n'intervient que si celle-ci est impuissante ou coupable.

Mais nous adressons à la législation nouvelle de la famille le grave reproche de reconnaître chaque jour des droits de plus en plus étendus à la concubine et aux enfants illégitimes. Nous semblons nous acheminer vers une véritable réglementation de l'Union libre, et vers une assimilation complète des enfants naturels, incestueux et adultérins aux enfants légitimes.

Le législateur est-il cause de ce mouvement profondément regrettable ? Est-il libre de l'enrayer ? Nous croyons que subissant l'influence des mœurs, il lui était peut-être difficile de prendre nettement le contre-pied des tendances nouvelles, qui se manifestaient dans l'opinion publique. Nous ne pensons pas qu'il puisse remonter le courant et restaurer un passé qui n'est plus, mais nous souhaitons qu'il s'arrête dès maintenant dans cette voie si préjudiciable aux intérêts de la Famille, et par suite de la Société.

Cependant nous estimons qu'il ne faut pas être un détracteur systématique de ce siècle, en exagérer les vices, fermer les yeux sur le bien, et embellir l'image du passé. Les familles unies, laborieuses, économes constituent encore la majorité de la Nation française.

Ecoutons plutôt les nobles paroles que prononçait en 1916, M. Carton de Wiart, le grand homme d'Etat belge : « Tandis que d'autres se vantent et exaltent démesurément leurs qualités relatives, c'est un phénomène assez fréquent et d'ailleurs ancien que cette tendance de cette société française à se calomnier elle-même. La littérature, le roman, le théâtre, répandent imprudemment à travers le monde, une image déformée de cette famille française, dont quelques maîtres mieux inspirés tels que MM. René Bazin et Henry Bordeaux, reconstituent et défendent heureusement les traits véritables. Combien la famille française est supérieure à l'opinion qu'on s'en était faite au dehors, et peut-être même au dedans. Et si elle a pu prêter à quelques critiques, à quel point, elle s'en est relevée !

Croyez en l'avis d'un étranger qui se figurait la connaître, et l'aimait depuis longtemps, et qui chaque jour, la trouvant plus belle encore que l'opinion qu'il en avait, est surpris et ému profondément du spectacle des vertus qu'elle donne si simplement. On louait en elle les qualités agréables et brillantes ; on lui rendait hommage d'une sollicitude plus attentive, plus inquiète qu'ailleurs de la mère pour son enfant, de son esprit d'épargne et de modération, mais on soupçonnait à peine ses mérites les plus solides, son empressement

et son abnégation à répondre à l'appel du devoir, ses forces d'énergie et de sacrifice.

Et voici qu'elle fait face à ses charges et à ses douleurs avec une résolution qui ne se dément point. La famille française est debout, acceptant sans hésitation les directions nationales, l'épée haute et la sérénité dans les yeux ! » (Réf. sociale 1-16 juillet 1916).

La Victoire a couronné ces efforts ; mais au lendemain de la guerre, la France qui veut vivre demande plus que jamais des familles nombreuses et des familles unies.

Aussi dès 1916, un grand Congrès réuni à Paris étudiait les moyens de lutter contre la désorganisation de la famille et le fléau de la dépopulation (1). L'œuvre entreprise se continuait en 1919, à Nancy, où se tenait, au mois de septembre le Congrès de la Natalité.

M. Paul Deschanel, Président de la République, dans son message du 19 février 1920, n'a-t-il pas fait remarquer fort justement « qu'à l'intérieur, comme au dehors, les problèmes de la paix ne sont pas moins ardus que ceux de la guerre » et n'a-t-il pas cité au premier rang de nos préoccupations de demain, le devoir « de défendre la Famille, fondement de la Nation ! ».

(1) V. le compte rendu général de ce Congrès Réf. Soc. année 1916.

Vu : *Le Professeur délégué*
A. CHRÉTIEN.

Vu : *Le Doyen de la Faculté de Droit*
F. GÉNY.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 1er avril 1920.

Le Recteur de l'Académie :
Ch. ADAM,
Membre de l'Institut.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE..... 5
PRÉFACE..... 9

FAMILLE LÉGITIME

I

CHAPITRE PREMIER. — **Le Mariage.**

Section I. — *Le mariage est-il un contrat ?*..... 13

Section II. — *Les conditions de fond du mariage*..... 21
§ 1. — Les prohibitions de mariage. Historique... 22
§ 2. — Les prohibitions absolues..... 23
§ 3. — Les prohibitions relatives..... 29
§ 4. — Le consentement des parents..... 34

Section III. — *Les conditions de forme du mariage.*
§ 1. — Les publications. Les oppositions..... 39
§ 2. — Les pièces à fournir au moment de la célébration du mariage..... 43

APPENDICE.
§ 1. — Le mariage par procuration..... 49
§ 2. — La loi du 23 juillet 1916..... 53

CHAPITRE SECOND. — **Le Divorce.**

Section I.
§ 1. — Historique..... 55
§ 2. — La loi de 1884..... 56
§ 3. — Etude de la jurisprudence et de la pratique 61
§ 4. — Les modifications législatives postérieures à 1884..... 68
§ 5. — La séparation de corps..... 69

APPENDICE. — La loi du 30 mars 1916..... 71

Section II. — *Les projets d'extension des causes de divorce.*
§ 1. — La folie..... 73
§ 2. — L'absence..... 74
§ 3. — Le divorce par consentement mutuel..... 75
Section III. — *L'accroissement du nombre des divorces.* 82

II

Le Chef de Famille

CHAPITRE PREMIER. — **La Puissance maritale**..... 90
Section I. — *Notions générales*..... 93
Section II. — *Droit sur la personne de la femme*..... 100
Section III. — *Effets du mariage relativement à l'acquisition de la nationalité*..... 102
Section IV. — *Effets du mariage relativement à l'acquisition du nom*..... 103
Section V. — *Le devoir de cohabitation*..... 104
Section VI. — *Le droit de surveillance du mari*..... 105
Section VII. — *L'incapacité de la femme mariée. L'autorisation maritale*..... 107
Section VIII. — *L'incapacité de la femme mariée. Les lois postérieures au Code*..... 113
§ 1. — La loi du 6 février 1893..... 113
§ 2. — Les lois du 9 avril 1881 et du 20 juillet 1895 sur les Caisses d'épargne..... 113
§ 3. — La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage..... 116
§ 4. — Conclusion..... 119
APPENDICE. — *La loi du 3 juillet 1915 sur l'autorisation maritale, en temps de guerre*..... 120
Section IX. — *La prédominance du mari, quant à l'administration des biens communs. Les projets de réformes*..... 122
ANNEXE. — *Le droit successoral de la femme mariée*..... 128

CHAPITRE SECOND. — **La puissance paternelle.**
SECTION I. — *Historique* 131
SECTION II. — *Qui exerce la puissance paternelle ? Quels sont les droits de la Mère ?* 134
APPENDICE. — *La loi du 3 juillet 1915* 140
SECTION III. — *Droit d'émanciper l'enfant, de consentir à son mariage, à son adoption, à son engagement dans l'armée* 141
SECTION IV. — *Le droit de garde* 142
SECTION V. — *Le droit de correction* 147
SECTION VI. — *Le droit d'exhérédation* 149
SECTION VII. — *Le droit de jouissance légale* 152
SECTION VIII. — *Le droit d'administration légale* 152
SECTION IX. — *Extension des droits de l'enfant mineur* .. 154
SECTION X. — *La Déchéance de la puissance paternelle* ... 157
§ 1. — Avant 1889 157
§ 2. — La loi du 24 juillet 1889 158
§ 3. — La loi du 19 avril 1898 164
SECTION XI. — *De la protection des Mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents* 165
SECTION XII. — *L'Enfance coupable* 170
APPENDICE. — *La loi du 27 juillet 1917 instituant des Pupilles de la Nation* 174

FAMILLE ILLÉGITIME

Considérations Générales 186
CHAPITRE PREMIER. — **Le Concubinage. Les Concubins** 190
SECTION I. — *Les causes du Concubinage* 190
SECTION II. — *Rapports juridiques dérivant du Concubinage. Etude de la Jurisprudence* 192
SECTION III. — *La recherche de la paternité naturelle* 201
SECTION IV. — *Les textes récents qui ont reconnu certains droits à la Concubine* 210
§ 1. — Les allocations aux concubines 210
§ 2. — La loi sur les loyers 213
§ 3. — Le décret du 6 février 1919 sur l'attribution du pécule 214
§ 4. — La loi du 31 mars 1919 sur les pensions 216

CHAPITRE SECOND. — **Les enfants illégitimes.**

Section I. — *Considérations générales*..... 219

Section II. — *La protection de l'enfant naturel. — Puissance paternelle. — Tutelle*..... 221

APPENDICE. — *La loi du 27 juillet 1917 sur les Pupilles de la Nation*..... 224

Section III. — *Le droit successoral de l'enfant naturel*... 225

§ 1. — Historique. — Code Civil..... 225

§ 2. — La loi du 25 mars 1896..... 227

§ 3. — Les lois récentes qui ont assimilé l'enfant naturel à l'enfant légitime. (Accidents du travail. — Allocations. — Pécule. — Pensions).... 229

Section IV. — *La légitimation des enfants naturels*..... 234

Section V. — *La légitimation des enfants incestueux et adultérins*..... 238

Section VI. — *L'adoption des enfants illégitimes*..... 244

APPENDICE. — *Statistique*..... 245

CONCLUSION..... 247